Die Fusion von Aktien-Gesellschaften nach dem deutschen Handelsgesetzbuch.

§§ 305, 306 HGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt

von

Rudolf Wandschneider

Referendar aus Kavelstorf.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Rostock.

Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

1910.

Referent: Herr Professor Dr. Lehmann.

Meinem lieben Onkel und Lehrer

Rudolph Sohm

in Dankbarkeit und Verehrung.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551526_0004

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Wesen und Bedeutung der Fusion. Fusion in wirtschaftlichem und rechtlichem Sinne 1
§ 2. Voraussetzungen der Fusion nach §§ 305, 306 8
§ 3. Der Begriff des Unternehmens 15
§ 4. Notwendige Rechtshandlungen 38
I. Der Veräußerungsvertrag 38
II. Der Generalversammlungsbeschluß der Übertragerin 46
III. Der Generalversammlungsbeschluß der Übernehmerin 57
IV. Die Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals 64
V. Emphehlenswerte Reihenfolge der einzelnen Rechtshandlungen 74
§ 5. Die Ausführung der Liquidation 76
§ 6. Die Fusion ohne Liquidation insbesondere (§ 306) . . . 87
§ 7. Gläubigerschutz 97
§ 8. Konkursrechtliches 105

Literaturverzeichnis.

Bett = Dr. Bett, Der Konkurs der AG. und ihre Erneuerung.

Biermann = Bürgerliches Recht, von Prof. Johannes Biermann. Bd. I 1908.

Binder = Die Rechtsstellung des Erben nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, von Prof. Julius Binder. I. Teil 1901.

Calwer = Kartelle und Trusts, von Richard Calwer.

Cosack = Lehrbuch des Handelsrechts, von Prof. Konrad Cosack. 6. Aufl. 1903.

Denkschrift = Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes.

Gareis = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Handausgabe mit erläuternden Anmerkungen, von Geh. Justizrat K. Gareis. 4. Aufl. 1909.

Gareis, Lehrb. = Das deutsche Handelsrecht, Lehrbuch. 8. Aufl. 1909.

Geyer = Fusion zweier AG. (§§ 305, 306 HGB.) Diss. Leipzig 1907.

Goldmann = Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, erläutert von Justizrat Samuel Goldmann. Bd. II 1905.

Heilfron, CP. = Lehrbuch des Civilprozeßrechts. Bd. I 1904, Bd. II 1905.

Holdheim = Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, begründet von Dr. Paul Holdheim.

Jaeger = Die Konkursordnung, erläutert von Ernst Jaeger. 2. Aufl. 1904.

Küfner = Fusion einer AG., von Dr. jur. Hans Küfner. 1896 (Dissertation).

Lehmann I u. II = Das Recht der AG. von Prof. Karl Lehmann. Bd. I 1898, Bd. II 1904.

Lehmann, HR. = Lehrbuch des Handelsrechts. 1908.

Lehmann in Z. = Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungsformen in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 50, S. 1 ff.

Lehmann-Ring = Kommentar zum HGB. für das Deutsche Reich, von Prof. K. Lehmann und Kammergerichtsrat Ring. 1901 und 1902.

Loewenfeld = Das Erkenntnis des Reichsgerichts in Sachen des rumänischen Retrozessionsvertrags. 1881.

Makower = Handelsgesetzbuch mit Kommentar, herausgegeben von H. Makower. 13. Aufl., bearbeitet von Rechtsanwalt F. Makower.

Müller-Erzbach = Die Erhaltung des Unternehmens in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 61, S. 360 ff.

Oertmann = Kommentar zum Allg. Teil des BGB., von Prof. Oertmann. 1908.

Pinner = Das deutsche Aktienrecht, Kommentar zu Buch 2, Abschnitt 3 und 4 des Handelsgesetzbuchs, von Justizrat Albert Pinner. 1899.

Planck = Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert von Prof. Dr. G. Planck. 3. Aufl.

Rehm = Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, von Prof. Rehm. 1903.

Rundstein = Das Recht der Kartelle, von Dr. S. Rundstein. 1904.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Sohm I = Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1905.

„ *II* = Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. Im Archiv für bürg. Recht. Bd. 28, S. 173 ff. 1906.

„ *III* = Noch einmal der Gegenstand. Iherings Jahrb. Bd. 53, S. 343 ff. 1908.

„ Instit. = Institutionen. 13. Aufl. 1908.

Sohm in Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. III. Jahrg. 1909 Nr. 8/9. „Der Kommanditist ein Kaufmann?"

Staub = Kommentar zum Handelsgesetzbuch, von Hermann Staub. 8. Aufl., Bd. I 1906.

Sydow-Busch, KO. = Konkursordnung, erläutert von R. Sydow, fortgeführt von L. Busch. 10. Aufl. 1906 (Guttentag).

Sydow-Busch, CPO. = Civilprozeßordnung, erläutert von denselben.

Wiener = Umwandlung und Fusion von Gesellschaften, von Dr. Wiener in Zeitschr. für das gesamte Handelsr. Bd. 27, S. 333 ff.

v. Ziegler = Fusion von Aktiengesellschaften nach dem geltenden deutschen Recht, von Rechtsanwalt Dr. Eugen von Ziegler in Holdheim, Bd. 18.

AG. = Aktiengesellschaft.

KAG. = Kommanditgesellschaft auf Aktien.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs.

OLG. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Z. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

§ ohne nähere Bezeichnung bedeutet § des Handelsgesetzbuches.

§ 1.

Wesen und Bedeutung der Fusion. Fusion in wirtschaftlichem und rechtlichem Sinne[1]).

Für das wirtschaftliche Leben der modernen Zeit ist besonders charakteristisch die Konzentration der großkapitalistischen Geschäftsbetriebe in organisierten Unternehmerverbänden. Diese neuzeitlichen Vereinigungen sind hervorgegangen aus dem Streben nach Beseitigung der „freien Konkurrenz". Wie die Großindustrie zu ihrer Entstehung und Entfaltung voller Freiheit bedarf, so muß doch auf einer gewissen Stufe der Entwickelung das Ideal des schrankenlosen allgemeinen Wettbewerbs versagen und nicht mehr in der Konkurrenz, sondern in dem Ausschluß der Konkurrenz die Gewähr wirtschaftlichen Fortschritts gesucht werden. Der Grund hierfür liegt darin, daß, je größer ein Geschäftsbetrieb wird, es desto schwieriger für ihn ist, auf dem Wege der freien Konkurrenz den ebenbürtigen Gegner niederzukämpfen. In dem Augenblick, wo in einem Gewerbe Großbetrieb gegen Großbetrieb steht, fordert es die Erhaltung des Unternehmens, es nicht auf das Risiko eines Kampfes bis aufs Messer ankommen zu lassen, vielmehr im Wege gegenseitigen Übereinkommens den Kampf beizulegen, von dem nicht abzusehen ist, wer

[1]) Vgl. Liefmann; Calwer; Rundstein.

von beiden unterliegen wird. Das frühere Ideal der freien Konkurrenz, durch welches die Bildung unserer modernen Großbetriebe überhaupt erst möglich geworden ist, muß jetzt, nachdem die Großindustrie konsolidiert ist, — in Deutschland geschah dies in der Mitte des vorigen Jahrhunderts —, in das Gegenteil umschlagen. Es ist heute zur Tatsache geworden, was der Sozialist Proudhon vorausgesehen hat: „Die Konkurrenz tötet die Konkurrenz." Auf zweierlei Weise kann der freie Wettbewerb ausgeschlossen oder einschränkt werden. Durch die Kartelle und die Trusts, letztere auch Fusionen[1]) genannt.

Unsere Untersuchung wird sich auf die Fusionen beschränken und zwar auf die rechtliche Seite derselben.

Der rechtliche und der wirtschaftliche Begriff der Fusion decken sich nicht. Der wirtschaftliche Begriff ist ein viel weiterer. Fusion im wirtschaftlichen Sinne ist eine Verschmelzung bisher wirtschaftlich selbständiger[2]) Unternehmungen zu einer großen und zwar dergestalt, daß die ökonomische Selbständigkeit der Einzelunternehmung völlig aufgehoben ist[3]). Eine

---

[1]) Liefmann, S. 13, 14; Lehmann, HR., S. 497; Rundstein, S. 15, Anm. 19.

[2]) Daher keine Fusion im wirtschaftlichen Sinne, wenn eine Vereinigung mehrerer Unternehmungen vorliegt, welche bereits vor der Vereinigung wirtschaftlich im Zusammenhang standen. OLG. 10, S. 240.

[3]) Liefmann, S. 103, Hierdurch unterscheidet sich bekanntlich der Trust (Fusion) vom Kartell, bei welchem die dem Kartell beigetretenen Unternehmungen ihre Selbständigkeit bewahren.

Änderung des rechtlichen Bestandes der wirtschaftlich zu vereinigenden Unternehmungen ist nicht unbedingt erforderlich, wenngleich auch in vielen Fällen eine Übertragung des Unternehmens im juristischen Sinne mit Aktivis und Passivis stattfinden wird[1]). Eine Fusion im wirtschaftlichen Sinne liegt daher auch vor, wenn ein Unternehmen — gleichgültig, ob dasselbe einem Einzelnen oder einer Gesellschaft gehört — ein anderes bisher selbständiges Unternehmen dauernd pachtet[2]), oder sämtliche Aktien einer AG. erwirbt („wirtschaftlicher Ankauf", Rehm, S. 394, denn die Rechtspersönlichkeit der letzteren wird durch diese Vereinigung sämtlicher Aktien in einer Hand nicht tangiert) und durch deren Besitz den Betrieb der wirtschaftlich angekauften AG. ganz nach Gutdünken zu leiten vermag, oder wenn mehrere AG. sich zu einer neuen vereinigen dergestalt, daß sich sämtliche Gesellschaften auflösen und ihre Vermögen als Sacheinlagen in eine neu zu gründende AG. einbringen[3]). Die Aktien

---

[1]) Zustimmend OLG. 10, S. 240. Liefmann, S. 13, hebt noch ein weiteres Merkmal hervor, daß der bisherige Besitzer sein Eigentum vollkommen verliert. Hierdurch verquickt Liefmann die wirtschaftliche Definition der Fusion mit der juristischen. Es kann sehr wohl eine wirtschaftliche Fusion vorliegen, ohne daß der bisherige Besitzer seine Eigentumsrechte verloren hat (vgl. Text). Wesentlich für den wirtschaftlichen Begriff ist nur, daß die ökonomische Selbständigkeit der bisherigen Einzelunternehmung aufgehoben ist.

[2]) Cosack, S. 680.

[3]) Vgl. Rehm, S. 394, sog. konsolidierter Trust; Rundstein, S. 14.

der aufgelösten Gesellschaften werden dann ausgetauscht gegen neue Aktien der errichteten Gesellschaft.

Fusion im gesetzlichen Sinne liegt dagegen vor, wenn der Gesetzgeber durch besondere rechtliche Normen die Verschmelzung mehrerer Unternehmungen zu einer einzigen durch positive Vorschriften erleichtert und regelt. Auf diesem Gebiete sind wir noch in einer im Fluß befindlichen Entwickelung. So sehr im Allgemeinen der Gesetzgeber den neuen Strömungen und Umwandlungen im modernen Wirtschaftsleben Rechnung getragen hat, — es soll hier nur von der deutschen Rechtsentwickelung gesprochen werden [1]), — durch Schaffung geeigneter Rechtsformen den Unternehmungsgeist des Publikums anzuregen, dadurch, daß er ihm das geeignete Gewand schafft, in welches es sein Unternehmen kleiden kann, man denke nur an die Fülle der gesellschaftlichen Unternehmungsformen, der Genossenschaft, der AG., der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der Kolonialgesellschaft, der Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit u. a. m., so sind doch auf dem Gebiete der Fusionen die Erleichterungen noch recht dürftig. Hier hat das Gesetz nur den Fall berücksichtigt, daß eine AG. oder KAG. sich mit einer anderen schon bestehenden AG. oder KAG. verschmilzt, der Fall der sog. Inkorporierung [2]). Es wird also aus den

[1]) Über den ausländischen Rechtszustand, vgl. Lehmann in Z. 50, S. 1 ff.

[2]) Lehmann II, S. 524. Sonderbestimmungen finden sich auch bei Fusionen zweier Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Vgl. §§ 44, 43, 14 des Ges. vom 12. V. 1901, betr. die privaten Versicherungsunternehmungen.

verschmolzenen Gesellschaften nicht eine neue Gesellschaft gebildet, vielmehr nimmt die eine der Gesellschaften die andere in sich auf, bleibt also selbst bestehen nur in erweitertem Umfange [1]). Das Gesetz schränkt den Fusionsbegriff aber noch weiter ein, indem es bestimmt, daß die Aktionäre der sich auflösenden Gesellschaft nicht mit Geld, sondern mit Aktien der übernehmenden Gesellschaft abgefunden werden müssen (§§ 305, 306).

Es scheiden also aus, weil vom Gesetz nicht besonders geregelt, alle anderen Fälle einer Verschmelzung insbesondere einer AG. mit einer offenen Handelsgesellschaft [2]) oder mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder sonstigen Gesellschaftsform, die Verschmelzung zweier AG. zu einer neuen (Amalgamation), oder zweier Gesellschaften mit beschränkter Haftung und überhaupt alle Fälle wirtschaftlicher Fusion, obwohl zum Teil auch hier dieselben Gesichtspunkte zutreffen, welche zur Erleichterung der Fusion von AG. und KAG. führten [3]). In allen diesen Fällen greifen die allgemeinen Grundsätze Platz. Infolge dieser starken Einschränkung des Fusionsbegriffs ist in Deutschland die Bildung von Trusts sehr erschwert [4]).

---

[1]) Vgl. v. Ziegler, S. 57.

[2]) Vgl. Hergenhahn im Archiv f. bürgerlich Recht 9, S. 46 ff.; Esser bei Holdheim 3, S. 430) Lehmann in Z. 50, S. 41. Ersterer spricht hier irrig von einer Universalsuccession.

[3]) Vgl. Lehmann in Z. 50, S. 47.

[4]) Über den ausländischen Rechtszustand: Lehmann a. a. O. und Lehmann II, S. 523 ff.

Ferner scheiden aus die Fälle der Umwandlungen von Unternehmungsformen[1]), diese sind zwar wirtschaftlich den Fusionen verwandt, aber während bei der Fusion sich zwei Unternehmen vereinigen, bleibt bei der Umwandelung das Unternehmen dasselbe, es wechselt nur seine rechtliche Form, wirtschaftlich besteht das frühere Unternehmen unverändert fort. Beispiel: Eine AG. wandelt sich um in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Auch den Fall der Verstaatlichung kann man nicht eigentlich unter den Begriff der Fusion rechnen, trotzdem dieser Fall besonders gesetzlich geregelt ist (§ 304). Zwar können Staat und Kommune ein Unternehmen nach privatwirtschaftlichen kapitalistischen Gesichtspunkten betreiben, doch liegt bei Angliederung eines Unternehmens an den Staat weniger eine Verschmelzung als vielmehr „Ersatz des privaten Unternehmers durch den öffentlichen" vor[2]).

Gegenstand dieser Arbeit soll nur die in den §§ 305, 306 HGB. geregelte Fusion sein[3]).

Die Fusion gemäß §§ 305/6 stellt sich dar als ein Spezialfall des § 303, der Auflösung einer AG. durch Veräußerung ihres Vermögens im Ganzen. Der Unterschied von § 303 beruht einmal darin, daß bei

---

[1]) Vgl. hierüber Wiener u. Lehmann a. a. O.

[2]) v. Ziegler, S. 58.

[3]) Das Gesetz selbst gebraucht den Ausdruck „Fusion" nicht, doch wird derselbe in Theorie und Praxis für den in diesen beiden Paragraphen geregelten Tatbestand allgemein verwendet.

der Fusion die Veräußerung des Vermögens der AG. an eine andere AG. erfolgt, während § 303 alle anderen Fälle mitumfaßt, wo das Gesellschaftsvermögen an irgend ein anderes Unternehmen (ev. auch an einen Einzelnen) veräußert werden soll, zum andern darin, daß die Gegenleistung der übernehmenden Gesellschaft nicht in Geld, sondern Aktien bestehen muß, die Mitglieder der Übertragerin also Aktionäre der Übernehmerin werden. Zwei Fälle dieser Fusion unterscheidet der Gesetzgeber. In § 305 erfolgt die Verschmelzung mit Liquidation der Übertragerin, in § 306 ohne Liquidation derselben. Letztere Form ist die in der Praxis häufigere und geschichtlich ältere. Das alte Handelsgesetzbuch verbot sogar die Liquidation. Hiermit ging es entschieden zu weit. Es mußte unter Umständen im Interesse des Übernehmers liegen, durch das Liquidationsverfahren zunächst eine Klärung der Vermögenslage der übertragenden Gesellschaft stattfinden zu lassen (Denkschrift S. 328). Das neue Handelsgesetzbuch geht daher davon aus, in der Erwägung, daß die Liquidation die notwendige und in der Regel auch durch die Gesamtheit der Aktionäre nicht ausschließbare Folge der Auflösung der AG. ist, die Fusion mit Liquidation als den allgemeinen Fall voranzustellen, während es die Fusion ohne Liquidation als Unterfall auffaßt.

§ 2.

Voraussetzungen der Fusion nach §§ 305, 306.

Voraussetzung ist das Bestehen zweier AG.[1]). Die AG. ist entstanden durch Abschluß des Gesellschafts-(Vereins-)vertrages und konstitutive Eintragung in das Handelsregister; vorher besteht nur ein rechtsunfähiger Verein[2]), an dessen Stelle durch die Eintragung vermittels Universalsuccession der rechtsfähige Verein tritt. Betrachten wir zunächst die übertragende Gesellschaft.

Befindet sich die Übertragerin noch in der Gründung, so sind §§ 305, 306 unanwendbar. Sie muß als gewöhnliche Gesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen liquidieren und den sich etwa ergebenden Überschuß an die Übernehmerin ausantworten[3]).

Hat dagegen die Übertragerin schon als AG. bestanden und ist nun aufgelöst, so ist zu unterscheiden, ob sie aufgelöst ist 1. durch die gesetzlichen Auflösungsgründe des § 292 Ziff. 1, 2: Zeitablauf, Beschluß der Generalversammlung, diesen stehen gleich die kraft Statuts möglichen Auflösungsgründe, oder 2. durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der

---

[1]) Drei Fälle der Fusion sind möglich (§§ 305, 306, 320 III): zwischen 2 AG.; zwischen einer AG. und KAG.; zwischen 2 KAG. Im Falle, daß mehrere AG. (resp. KAG.) sich mit einer AG. (resp. KAG.) fusionieren, liegen mehrere Fusionen vor. Rehm, S. 394; Pinner, S. 309.

[2]) Lehmann, HR., S. 401.

[3]) Übereinstimmend v. Ziegler, S. 58.

Gesellschaft (§ 292 Ziff. 3), oder 3. durch Nichtigkeitserklärung (§§ 309—311).

Im ersten Fall ist eine Fusion nach 305/6 uneingeschränkt zulässig. Dies folgt aus § 303 II: „Der (Übertragungs-)beschluß hat die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, sofern diese nicht bereits aufgelöst war." Der Übertragungsbeschluß bewirkt also ipso jure die Auflösung, ohne daß er einer Eintragung bedarf. Es ist daher gleichgültig, ob die Auflösung schon früher eingetreten ist[1]).

Im zweiten Falle liegt die Sachlage anders. Durch die Eröffnung des Konkurses geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des zur Konkursmasse gehörenden Vermögens der Übertragerin auf den Konkursverwalter über (§ 6 KO.). Der Übertragerin, als Gemeinschuldnerin, ist also die Verfügungsbefugnis über die Masse genommen. Zwar erhalten sich während des Konkursverfahrens die Organe der Übertragerin (Vorstand, Aufsichtsrat, Generalversammlung), aber deren Tätigkeit beschränkt sich nur auf solche Handlungen, welche die Konkursordnung dem Gemeinschuldner übrig läßt[2]). Aus diesem Grunde ist die Übertragerin während des Konkurses nicht im Stande, sich zu fusionieren. Natürlich könnte der Konkursverwalter eine Fusion bewerkstelligen. Die dafür seitens der Übernehmerin gewährten Aktien würden dann aber nicht den Aktionären der in Konkurs

---

[1]) v. Ziegler a. a. O.

[2]) Sydow-Busch, Anm. 4, § 207.

befindlichen Übertragerin gewährt werden, sondern deren Gläubigern[1]). Ist aber nach Beendigung des Konkurses noch Gesellschaftsvermögen vorhanden, so muß hinsichtlich dieses Vermögens Liquidation stattfinden[2]) und dann könnte noch eine Fusion stattfinden (S. 9).

Was den dritten Fall der Nichtigkeitserklärung betrifft, so ist zu bemerken, daß bei Mangel wesentlicher Voraussetzungen des Gesellschaftsvertrages die AG. nicht ipso jure nichtig ist, sondern es der Nichtigkeitsklage bedarf. Erst mit der Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils ist die AG. nach rückwärts aufgehoben. Bis dahin ist die Nichtigkeit latent gewesen. Das Urteil hat daher nicht konstitutive, sondern deklaratorische Wirkung. Daraus folgt, daß die AG. als solche zu Unrecht bestanden hat, mag nun die Nichtigkeit durch Urteil ausgesprochen sein oder nicht[3]). Daher können sich die Mitglieder stets auf die Nichtigkeit berufen, sie können Beschlüsse der Generalversammlung als unverbindlich behandeln, ohne sie

---

[1]) Vgl. v. Ziegler, S. 59.

[2]) Lehmann, HR., S. 451.

[3]) Zustimmend Goldmann, Anm. 2, § 311. Unrichtig daher v. Ziegler, S. 59, welcher meint, die AG. habe bis zur Nichtigkeitserklärung zu recht bestanden. Vgl. im Einzelnen: Dühringer bei Holdheim 6, 46; Goldschmit ebenda, S. 158, 178; Lehmann in Iherings Jahrb. 33, 389; Simonis, Die Nichtigkeitserklärung einer AG., Diss. 1901; Lent, Die Nichtigkeit einer AG., Diss. 1901; Wulf, Die Nichtigkeitserklärung einer AG., Diss. 1906, und die Diss. von Enzmann 1907 und Benjamin (1907).

besonders anfechten zu müssen, sie können die Leistung der Einlagen verweigern. Eine Ausnahme besteht nur, soweit es sich um Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten handelt. Aber durch die Eintragung (das ist die Voraussetzung) hat die AG. wenigstens scheinbar existiert, hat in das Leben eingegriffen und darin gewirkt und Geschehenes kann nicht ungeschehen gemacht werden[1]). Daher hat der Gesetzgeber aus Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs bestimmt, daß trotz Mangels wesentlicher Voraussetzungen des Gesellschaftsvertrags die an sich nichtige AG. zugunsten dritter als bestehend fingiert wird, weil dem Dritten nicht zugemutet werden kann zu prüfen, ob das, was er über die Entstehung der Gesellschaft weiß, als Nichtigkeitsgrund aufzufassen ist[2]).

Hat daher die nach § 309 nichtige (aber eingetragene) Übertragerin sich mit einer andern Gesellschaft verschmolzen, bevor das rechtskräftige Nichtigkeitsurteil ergangen ist — dem steht gleich eine unanfechtbare registerliche Löschungsverfügung (FGG. § 144) —, so ist die Fusion vollgültig. Ist die Fusion beendigt, das ist geschehen, wenn sämtliches Vermögen der Übertragerin auf die Übernehmerin übergegangen ist, die Firma erloschen ist und die Mitglieder der Übertragerin Aktionäre der Übernehmerin geworden sind (s. u.), so ist eine Nichtigkeitsklage nicht mehr möglich, es fehlt der Beklagte.

---

[1]) Gareis, Anm. 1, § 311.

[2]) Staub, Anm. 9, § 309.

Ist die Nichtigkeit in das Handelsregister eingetragen, so findet eine Liquidation der nichtigen AG. statt (§ 311 I). Im Falle der gewöhnlichen Liquidation (§§ 294 ff.) war eine Fusion noch möglich (s. o.), nicht ist sie es bei der Liquidation des § 311. Wie schon dargelegt, wird die nichtige AG. nur zu gunsten Dritter fingiert, darüber hinaus existiert sie nicht. Sie hat überhaupt kein Gesellschaftsvermögen erworben, alle etwaigen Eigentumsübertragungen sind nichtig. Zu gunsten der Aktionäre besteht diese Fiktion nicht, sie haben keinen Anspruch auf Liquidationsquote, weil ihnen gegenüber überhaupt kein Gesellschaftsvermögen existiert. Sie brauchen nicht geschützt zu werden, weil sie Eigentümer geblieben sind. Es ist daher überhaupt kein „Vermögen" vorhanden, welches an einen Dritten übertragen werden könnte [1]).

Die übernehmende Gesellschaft.

Befindet sich die übernehmende Gesellschaft noch in der Gründung, so sind die §§ 305, 306 unanwendbar. Anderer Meinung ist jedoch Staub [2]), welcher die Fusionsvorschriften entsprechend anwenden will. Diese Ansicht findet im Gesetz keine Stütze. Der § 305, der erleichternde Vorschriften über die Kapitalserhöhung der Übernehmerin aufstellt, ist unanwendbar, da rechtlich ein Grundkapital erst vorhanden

[1]) Im Resultat übereinstimmend v. Ziegler, S. 59. Die „entsprechende" Anwendung der Liquidationsvorschriften (311 I) bezieht sich also ausschließlich auf die Gläubigerschutzvorschriften.

[2]) Anm. 3, § 307.

ist mit Eintragung der AG. An Stelle der Kapitalerhöhungsvorschriften treten die Gründungsvorschriften (das sagt Staub übrigens selbst). § 306 ist ausgeschlossen, weil nach § 304 IV, welcher entsprechende Anwendung findet (§ 306 I), der Übergang des Vermögens der Übertragerin an die Übernehmerin eintritt durch die Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses. Es würde also ein Vermögensübergang an die vor der Eintragung nicht rechtsfähige AG. eintreten „an ein Ding, das rechtlich noch nicht existent geworden ist". Das ist ausgeschlossen, außerdem könnten die Aktionäre der Übertragerin gar nicht Aktionäre der Übernehmerin werden, weil dies erst möglich ist, wenn letztere AG. geworden ist, und das wird sie erst durch die Eintragung [1]).

Ist die Übernehmerin bereits in Liquidation, so kann sie keine andere AG. mehr in sich aufnehmen weil sich Liquidationszweck — Betriebsauflösung — und Fusionszweck — Betriebsausdehnung — einander ausschließen [2]).

Beim Konkurse der Übernehmerin gelten dieselben Grundsätze, wie beim Konkurse der Übertragerin (s. o.)

Ist die Übernehmerin nichtig, so kann sie, wie oben gezeigt, solange die Nichtigkeit nicht eingetragen ist, eine andere AG. in sich aufnehmen. Ist sie dagegen für nichtig erklärt, so tritt Liquidation ein, die aufgenommene Gesellschaft lebt aber, da sie völlig untergegangen ist, nicht wieder auf.

[1]) Vgl. v. Ziegler, S. 59.

[2]) v. Ziegler, S. 59.

Nicht anwendbar sind die §§ 305/6 bei der Übernahme einer inländischen AG. durch eine ausländische und umgekehrt. Eine ausländische AG. kann eine deutsche AG. nach § 305 nicht aufnehmen, weil der Gesetzgeber die erleichternden Vorschriften hinsichtlich der Grundkapitalserhöhung der aufnehmenden Gesellschaft nur für die dem deutschen Recht unterliegenden AG. geben kann. § 306 ist ausgeschlossen, weil § 304, auf den § 306 Bezug nimmt, den Übergang an deutsche Körperschaften regelt und nur bei diesen die zur Sicherheit der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft erlassenen Schutzvorschriften, welche in § 306 den Ausschluß der Liquidation ermöglichen, gegeben werden können[1]). Das Gleiche muß für die übertragende Gesellschaft gelten. Auch hier können die Vorschriften über Veräußerungsvertrag und Genehmigung der Generalversammlung nur von deutschen AG. beobachtet werden[2]). Der Gesamtübergang könnte auch nicht durch Eintragung in das Handelsregister herbeigeführt werden[3]).

Es muß das Vermögen einer AG. als Ganzes an eine andere AG. (od. KAG.) übertragen werden. Es handelt sich bei der Fusion auf Seiten der Über-

---

[1]) Daher braucht sich bei der Fusion einer deutschen Lebensversicherungsgesellschaft mit einer ausländischen (in diesem Fall einer englischen) der deutsche Versicherte die Fusion nicht gefallen zu lassen. RG. 60, S. 62. Gegen diese Entscheidung v. Ziegler, S. 141.

[2]) Staub, Einleit. § 305; OLG. 14, S. 358.

[3]) OLG. 14, S. 358.

nehmerin um den Erwerb eines im Betriebe befindlichen und organisierten Unternehmens ohne Zerreißung desselben, dergestalt, daß es ununterbrochen von der Übernehmerin fortgesetzt werden und sich ungehemmt fortentwickeln und weiter betätigen kann[1]). Wir kommen hiermit zu der umstrittenen Frage nach dem Begriff des Unternehmens.

§ 3.

Der Begriff des Unternehmens.

Übertragen werden soll das Unternehmen oder, was dasselbe ist, das Handelsgeschäft der sich auflösenden Gesellschaft. Was heißt das? Ist zur Übertragung des Unternehmens notwendig und genügend die Übertragung des Gesellschaftsvermögens, der „Gegenstände", d. h. der Summe der geldwerten Güter im Sinne der herrschenden Lehre, oder erschöpft sich das Unternehmen nicht in dem Vermögen, ja ist überhaupt zu einem Unternehmen Vermögen erforderlich?

Aus dem Gesetz können wir eine sichere Antwort auf diese Frage nicht entnehmen. Es braucht das Wort Handelsgeschäft — den Ausdruck „Unternehmen", der dasselbe bedeutet, finden wir ebenfalls im Gesetz, — abgesehen von dem im § 343 gebrauchten Sinne, in keiner bestimmten Bedeutung. Bald ist damit das Handelsgewerbe, der Betrieb, bald die Handelsniederlassung, bald das Handelsvermögen, bald nur

---

[1]) Vgl. Gareis, Lehrb. S. 147; RG. 69, S. 203.

die durch den Geschäftsbetrieb erwachsenen Chancen gemeint[1]).

Nach der herrschenden Lehre ist das Handelsgeschäft nicht eine Rechtseinheit, sondern lediglich ein tatsächlicher, wirtschaftlicher Inbegriff von Sachen, Forderungen sonstigen fest umgrenzten subjektiven Rechten, aber auch rein tatsächlichen Beziehungen, wie Chancen, Bezugsquellen, Geschäftsgeheimnissen, Kundschaft, die sich an den Namen (Firma) des Inhabers oder an die besondere Benennung des Unternehmens knüpfen[2]).

Dieser Begriff des Handelsgeschäfts ist in neuerer Zeit bekämpft worden von Binder, Sohm und besonders von Pisko[3]).

Nach diesen Schriftstellern ist scharf zu scheiden zwischen Handelsvermögen und Handelsgeschäft. Der Begriff des Handelsvermögens hat den Vermögensbegriff des BGB. zur Voraussetzung[4]). Also

---

[1]) Lehmann, HR., S. 105, Anm. 1.

[2]) Vgl. RG. 70, S. 227; 68, S. 40; Lehmann, HR., S. 107; Pisko, S. 13.

[3]) s. Literaturverzeichnis.

[4]) Ich verweise in dieser Hinsicht auf die grundlegende Arbeit von Sohm (s. Literaturverzeichnis). Auf die vielen Streitfragen einzugehen ist hier nicht der Platz. Es mag jedoch hervorgehoben werden, daß Sohm als erster es unternommen hat, einen juristischen Vermögensbegriff aufzustellen, indem er sagt: Zum Vermögen gehören die Gegenstände und nur die Gegenstände. Gegenstände aber sind die verfügbaren Rechte. Die bisherige Lehre vom Geldwert der Vermögensrechte war überhaupt kein juristischer Begriff, sondern ein wirtschaftlicher. In dieser Aufstellung des

besteht es aus Verfügungsgegenständen. Das Wesen des Handelsgeschäfts ist dagegen der Betrieb, die Tätigkeit des Betriebes[1]). Vgl. auch RG. 70, S. 230: „Die Lebenskraft, das ist die Vermögenswerte schaffende Produktivkraft, des tatsächlichen Ganzen, als welches sich das Handelsgeschäft darstellt, besteht in der Betriebstätigkeit des Inhabers."

Auf Grund dieser scharfen Scheidung zwischen Handelsvermögen und Handelsgeschäft gelangt Sohm zu dem Resultat, daß eine Veräußerung, Verpachtung und Vererbung des Geschäfts (des Betriebes) trotz des Wortlautes des Gesetzes §§ 22, 23 HGB. ausgeschlossen ist. Das Handelsgeschäft ist kein Gegenstand[2]). Binder erklärt zwar das Handelsgeschäft für einen vom HGB. anerkannten Verkehrsgegenstand, der aber trotzdem nicht zur Erbschaft gehört[3]). Auch Pisko ist der Ansicht, daß ein Betrieb, eine Tätigkeit ebensowenig veräußert wie verpachtet werden kann[4]). Um sich nun aber mit der täglichen Erscheinung des Verkehrslebens auseinanderzusetzen, welche Geschäfte, die man als Veräußerung, Verpachtung oder Nutznießung eines Handelsgeschäfts zu bezeichnen pflegt, tatsächlich kennt und auch vom Gesetz anerkannt sind, vgl. außer §§ 22,

---

juristischen Begriffs der Verfügbarkeit als Merkmal des Vermögensrechtes liegt gerade der Fortschritt, gegen früher. Vgl. Sohm (iunior), Wesen u. Voraussetzung der Widerspruchsklage. Leipzig. 1908.

[1]) Sohm II, S. 181.

[2]) Sohm a. a. O.

[3]) S. 34, 36.

[4]) S. 90.

23 HGB. noch § 1822 Nr. 3 BGB.; § 134 Nr. 1 KO.; § 7 des Ges. zum Schutze des Warenzeichens vom 15. V. 1894; § 5 des Patentgesetzes vom 7. IV. 1891 u. a. m.[1]), so unterscheidet Pisko das Unternehmen als Rechtsobjekt und das Unternehmen als Tätigkeit[2]). Ersteres ist übertragbar, letzteres nicht.

Was das Unternehmen als Rechtsobjekt anlangt, so verwirft Pisko die herrschende Ansicht, daß zur Übertragung desselben Geschäftsvermögen mit übertragen werden müsse. In der Regel wird von der herrschenden Meinung gelehrt, daß zur Übertragung des Geschäfts mit der Firma genüge, wenn diejenigen Bestandteile des Handelsvermögens veräußert werden, auf denen die Fortsetzung des Handelsbetriebes in der bisherigen Art im wesentlichen beruht. Beispiel: Übertragung des Eisenbahnkörpers, Überlassung des Geschäftslokals, Zession der Mietkontrakte, Überweisung der Kundschaft, Überlassung der vorhandenen Fabrikutensilien und Warenvorräte[3]), kurz, es muß soviel vom Geschäftsvermögen übertragen werden, daß wirtschaftlich Identität des Betriebes vorliegt, daß also das neue Geschäft als Fortsetzung des alten erscheint. Mit Recht bemerkt Pisko (a. a. O.), daß durch diese Formulierung eine Definition des Handelsgeschäfts überhaupt nicht gegeben wird, sondern nur gesagt wird, auf welche Weise die Übertragung des Handelsgeschäfts bewirkt wird. Eine bemerkenswerte Aus-

[1]) Vgl. die Aufzählung bei Pisko, S. 3,

[2]) S. 5, Anm. 1.

[3]) S. 12.

nahme von dieser Formulierung macht Lehmann[1]). Nach ihm genügt zur Übertragung der Firma die Übertragung der Chancen, d. i. die durch die Lage der Handelsniederlassung, das Alter und den Ruf des Betriebes angelockte und voraussichtlich treu bleibende Kundschaft, ja sogar bloße Aussichten, die zukünftige Ereignisse bringen können „die Gelegenheit zum Gewerbebetrieb“ (S. 107 a. a. O.)

Die Richtigkeit dieser Ansicht läßt sich am besten an einem Fall erläutern, welcher dem Reichsgericht vorgelegen hat[2]). Derselbe betrifft die Veräußerung eines Zeitungsunternehmens. Hier bildet nicht das Geschäftsvermögen, das wären etwa die dem Gewerbebetrieb dienenden beweglichen und unbeweglichen Sachen (Maschinen, Gebäude etc.), die ausstehenden Forderungen u. a. m., den Hauptwert, sondern vielmehr das Zeitungsunternehmen, welches sich unter einem bestimmten Titel bereits entwickelt und einen festen Stamm von Abonnenten sowohl für die Zeitung selbst, wie für die Inserate gewonnen hat und in noch größerer Zahl zu gewinnen hoffen darf. Was also übertragen wird, ist zweierlei, einmal der Inbegriff der sich auf den Zeitungstitel aufbauenden tatsächlichen Einrichtungen und Verhältnisse, die vom Veräußerer durch seine Arbeit und Tüchtigkeit geschaffene gewinnbringende Organisation (z. B. Arbeitsweise), zum Andern der gesicherte Kreis von Abnehmern und Anzeigenden,

---

[1]) Lehmann, HR., S. 113.

[2]) 70, S. 220 ff.

welcher sich an die bestimmte durch den Titel gegebene Bezeichnung des Unternehmens knüpft. Das Reichsgericht fährt fort: „Der Verkehr ist gewöhnt, ein Unternehmen als die Zusammenfassung einer Reihe von mehr oder weniger gesicherten Möglichkeiten, die sich kraft der vom Unternehmer getroffenen Einrichtungen und Maßnahmen für eine geschäftlichen Nutzen abwerfende Tätigkeit eröffnen, wegen dieser Einrichtungen und des durch sie gewährleisteten von der Person des Unternehmers unabhängigen dauernden Vorteils zu den Gütern zu rechnen, die einen Geldwert darstellen und darum des Umsatzes fähig sind.“ Das Reichsgericht hat sich in seinen Gründen im wesentlichen der Piskoschen Ansicht angeschlossen. Auch nach Pisko (S. 15 ff.) ist jedem Unternehmen wesentlich die Organisation der Produktionsmittel und die gesicherte Absatzgelegenheit. Unter Organisation der Produktionsmittel versteht er die im Laufe der Zeit auf Grund sorgfältiger Beobachtungen und verschiedener Versuche ermittelte und festgelegte Arbeitsverteilung, den im Lauf der Zeit sich als zweckmäßig erwiesenen und daher als Richtschnur dienenden Plan des Betriebes, die Erforschung der Bezugsquellen, die räumliche Ordnung der sachlichen Produktionsfaktoren (z. B. Aufstellung der Maschinen, Ordnung der Warenvorräte, die Anstellung und Schulung eines geeigneten Personals, kurz, die ganze Arbeitsweise, S. 17, 19). „Weil diese Arbeit nur einmal geleistet und das zur Herbeiführung dieses Zustandes etwa notwendige Kapital nur einmal aufgewendet werden muß

(im Gegensatz zu den im Lauf des Betriebes stets notwendigen Aufwendungen an Kapital und Arbeit), bildet die vorhandene Organisation der Produktionsmittel die in der Vergangenheit geleistete Arbeit der gedachten Art einen Vermögenswert auch dann, wenn im Betriebe keine sachlichen Produktionsfaktoren verwendet werden. Wenn solche verwendet werden, so bildet neben ihnen die vorhandene Organisation der Produktionsmittel einen selbständigen Vermögenswert, einen Verkehrsgegenstand“ (S. 17). Die Organisation der Produktionsmittel bildet aber nur die eine Seite des Unternehmens. Die andere Seite ist die Möglichkeit des tatsächlichen Absatzes des herzustellenden Produkts zu einem die Anschaffungs- oder Herstellungskosten übersteigenden Preis, die Absatzgelegenheit. Diese Möglichkeit des Absatzes ist allerdings schon dann vorhanden, wenn jemand über Arbeitskraft, Kapital, sachliche Produktionsfaktoren und eine Organisation der Produktionsmittel verfügt, durch deren Zusammenwirken ein den Bedürfnissen des Publikums entsprechendes Produkt hergestellt werden kann. Das Bestreben ist aber darauf gerichtet, diese Möglichkeit zur höchst erreichbaren Wahrscheinlichkeit zu gestalten, sich für die Zukunft einen genügenden Kreis von Abnehmern zu sichern. Hat jemand dies Ziel erreicht durch Aufwand von Geld und Arbeit, z. B. durch dauernde Hervorbringung trefflicher Leistungen, geschäftliche Bereisung einzelner Gebiete zum Zwecke der Erwerbung von Kunden, oder durch eine während längerer Zeit ausgeübte Reklame, so daß allmählich

sein Unternehmen einen guten Ruf und allgemeine Beliebtheit erlangt hat, so hat er einen in der gesicherten Absatzgelegenheit bestehenden Vermögenswert geschaffen.

Das Unternehmen im objektiven Sinne ist demgemäß „eine den Erfolg einer Erwerbstätigkeit sichernde oder fördernde Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit, die der Gewerbetreibende entweder durch eigene Arbeit oder durch Überlassung an einen Dritten zum Zwecke der Förderung seiner gleichartigen Erwerbstätigkeit verwerten kann“ (S. 19).

Der wirtschaftliche Wert des Unternehmens, seine Fähigkeit, Vermögensobjekt zu sein, und seine Verkehrsfähigkeit beruht in erster Linie auf rein tatsächlichen Momenten, wenngleich auch gewisse Rechtsvorschriften zum Schutze der im Gewerbebetrieb verwendeten Bezeichnungen hinzukommen können[1]).

Für diese rein tatsächlichen Momente werden im Verkehr die größten Summen gezahlt. So wurde in dem oben erwähnten Fall der Veräußerung eines Zeitungsunternehmens für die körperlichen Unterlagen, wie Druckerei, Gebäude, Maschinen etc., 93 000 Mark gegeben, während für den Verlag (das Unternehmen, also die Organisation der Produktionsmittel, gesicherte Absatzgelegenheit) 197 000 Mark gezahlt wurden. Aus

---

[1]) Vgl. auch Strohal, Erbrecht, 3. Aufl. 1903 I, S. 22: „Handelsgeschäft ist ein Komplex von aus dem tatsächlichen Betrieb eines Handelsgewerbes sich ergebenden und in die Zukunft fortwirkenden Beziehungen.“

diesem Grunde hat das Reichsgericht[1]) entschieden, daß bei einer Fusion zweier AG. der Wert der sich auflösenden Gesellschaft nicht erschöpft wird durch die Zusammenrechnung der für die einzelnen Gegenstände in der Bilanz ausgeworfenen Summen, weil diese nicht alle in dem Unternehmen als einem lebendigen Organismus wirksamen Kräfte und Vorteile darstellen, denn „grade solche Dinge, wie Arbeitsweise, Kundschaft, sind von wesentlichem Einfluß auf den Ertrag des Unternehmens, und nach dem Ertrage wiederum wird sein Wert geschätzt, wie er für die Preisbildung schließlich maßgebend ist. Es handelt sich hierbei nicht um bloße Erwartungen und Hoffnungen, welche den Erwerber veranlassen, eine höhere Leistung für eine geringere hinzugeben, sondern um durchaus der Wirklichkeit angehörende Umstände, die bei der Abschätzung berücksichtigt werden und berücksichtigt werden müssen[2])."

Schwierigkeiten bereitet nun die Frage nach der Möglichkeit der Übertragung des Unternehmens. Übertragen werden können nur Vermögensrechte, „Gegenstände" im Sohm'schen Sinn, undenkbar ist eine Übertragung von rein tatsächlichen Momenten, aus

---

[1]) 69 S. 203.

[2]) Der Emissionskurs der den Aktionären der aufgelösten Gesellschaft angebotenen Aktien ist daher nicht nach dem bilanzmäßigen Wert der sich auflösenden Gesellschaft, sondern nach dem wirklichen Wert des übernommenen Vermögens, der frei durch Sachverständige zu schätzen ist, festzustellen. Vgl. im einzelnen v. Ziegler, S. 117.

welchen sich, wie wir gesehen haben, das Unternehmen in erster Linie zusammensetzt. Daher erscheint auf den ersten Blick eine Übertragung des Unternehmens im rechtlichen Sinne unmöglich, wie es überhaupt eigenartig berührt, von einer Übertragung der Kundschaft, der Absatzgelegenheit, zu reden. Chancen, Möglichkeiten sind keine Gegenstände! Es läßt sich daher die Auffassung sehr wohl verstehen, welche sagt, eine „Übertragung" der Kundschaft sei in Wirklichkeit kein Veräußerungsgeschäft (Verfügungsgeschäft), sondern nur ein Verpflichtungsgeschäft, die weitgespannte Möglichkeit schuldrechtlicher Bindung und schuldrechtlichen Handelns und Unterlassens gestatte es, ein tatsächliches Ganzes, als welches sich das Handelsgeschäft darstelle, zu gewähren und inbezug hierauf Verbindlichkeiten einzugehen und auf dem Gebiete des Schuldrechts liegende Rechte zu schaffen[1]). Der Akt der Übertragung bestehe daher in einem gewissen tatsächlichen Verhalten, einem obligatorischen Gewähren, z. B. in der Empfehlung des Erwerbers und in der Unterlassung eines die bisherigen Kunden dem Erwerber abspenstig machenden Tuns. — Zu diesem Resultat muß man gelangen, wenn man annimmt, daß an dem Handelsgeschäft, dem Unternehmen als solchem, kein subjektives Recht bestehen kann[2]). Die herrschende Lehre muß zu diesem Resultat gelangen, weil sie zum

[1]) RG. 70, S. 231; 37, S. 177; Seufferts Archiv 40 Nr. 194.

[2]) Binder, S. 33; Lehmann H. R., S. 109; nach Sohm II, S. 181, der das Handelsgeschäft nicht als Gegenstand auffaßt, ist am Handelsgeschäft jedenfalls kein Vermögensrecht möglich.

Handelsgeschäft das Vermögen mitrechnet, an dem Vermögen als Ganzem aber kein einheitliches Recht möglich ist, sondern nur an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen, die immateriellen Bestandteile aber (Organisation der Produktionsmittel, Absatzgelegenheit) wegen ihrer tatsächlichen Wesenheit ein Recht an ihnen ausschließen (siehe oben S. 24 Anm. 2). Ist diese Auffassung richtig, daß das Unternehmen als solches nicht veräußert werden kann, daß es kein Gegenstand ist, so gehört es nicht zum Vermögen, mithin nicht zum eingebrachten Gut der Frau, zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft, zum Gesellschaftsvermögen der Gesellschafter, zur Konkursmasse des Kridars. Es kann nicht Gegenstand einer Zwangsvollstreckung, einer Gemeinschaft, eines Fruchtrechts, einer Rechtsnachfolge sein usw.[1]). Dies alles steht aber mit dem Gesetz im Widerspruch. Das Gesetz kennt den Begriff der Veräußerung eines Unternehmens, wie ihm eine Verpachtung und Nutznießung desselben bekannt ist (s. o.). Es ist nicht ersichtlich, warum hier nicht die Veräußerung technisch gemeint sein soll. Das Reichsgericht hat denn auch in diesem Sinne entschieden[2]), daß durch die Veräußerung eines Zeitungsunternehmens (im engsten Sinn) mit dem Titel der Erwerber das alleinige Recht auf die Ausnutzung des Zeitungstitels und damit den Kundenkreis und die sonstige An- und Absatzgelegenheit des Zeitungsgeschäfts als sein Eigen erworben habe.

---

[1]) Vgl. Sohm III, S. 374.

[2]) RG. 70 S. 225, im Widerspruch mit der eben zitierten (S. 24 Anm. 1) Entscheidung desselben Senats vom selben Tage.

Der Erwerber sei in die überlassenen Rechte des Zeitungsverlags d. i. des Zeitungsunternehmens (S. 223 der Entscheid.) eingetreten, ohne daß eine Übergabe im eigentlichen Sinne denkbar oder notwendig gewesen wäre. Wie der erkennende Senat, der eine Seite vorher (S. 224) noch gesagt hat, daß ein Handelsgewerbe und die daran geknüpfte Kundschaft weder Sachen noch Rechte seien, diese Auffassung rechtfertigen will, ist nicht erfindlich. Entweder man nimmt ein übertragbares Recht am Unternehmen an, dann ist es „Gegenstand" und gehört zum Vermögen, alle oben erwähnten Konsequenzen fallen weg, oder man nimmt kein Recht an, dann bedeutet die Übertragung nur eine obligatorische Bindung[1]). In der Literatur vertritt hauptsächlich Pisko den Standpunkt, daß die Veräußerung des Unternehmens eine wirkliche Veräußerung ist[2]). Er hält das Unternehmen für einen übertragbaren Gegenstand im Sohmschen Sinne. Das Unternehmen stellt einen Gegenstand dar, „dessen rechtliche Zuständigkeit

---

[1]) Die Frage nach der juristischen Struktur der Übertragung des Unternehmens hat nicht nur theoretische, sondern auch praktische Bedeutung hinsichtlich der Stempelpflicht. Vgl. RG. 70, S. 220 ff.

[2]) Die Judikatur der obersten Gerichtshöfe ist schwankend. Vgl. die eben erwähnten sich widersprechenden Entscheidungen im 70. Bande, S. 220 ff. und S. 226 ff. RG. 58, S. 28 ff. ist der Ansicht, daß ein Handelsgeschäft, soforn es bereits eingerichtet und ausgeübt ist, eine gegen Eingriffe zu schützendes subjektives Recht darstellt. Vgl. ferner S. 25, Anm. 1. RG. in Seufferts Archiv 59 Nr. 5 hält den Betrieb eines Unternehmens für ein Persönlichkeitsrecht, welches dem Zugriff der Gläubiger, wie auch der Veräußerung wider Willen des Inhabers entzogen ist. S. u.

ohne Hinzutreten einer persönlichen Verpflichtung zu einer künftigen Handlung und Unterlassung unmittelbar geändert werden kann". . . . „Die bei einem Gewerbetreibenden vorhandene Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit kann unmittelbar auf einen anderen, eine gleiche gewerbliche Tätigkeit Ausübenden übertragen werden. Der Fall muß aber wirklich so liegen, daß ein unmittelbarer von späteren Handlungen oder Unterlassungen des Veräußerers unabhängiger Übergang stattfindet. Ist die Sachlage so gestaltet, daß dem Erwerber die Absatzgelegenheit nur solange zu gute kommt, als er seine in dem auf Überlassung des Unternehmens gerichteten Vertrage übernommenen persönlichen Verpflichtungen zu bestimmten Unterlassungen (Konkurrenzenthaltung) oder Handlungen (Empfehlung von Kunden) erfüllt, so liegt kein Veräußerungsgeschäft, sondern ein Verpflichungsgeschäft vor", S. 89. Das Unternehmen ist also ein Gegenstand, ein Vermögensrecht, es gibt ein einheitliches Recht an ihm, es gibt ein Eigentum am Unternehmen. Zur Übertragung des Unternehmens, genauer des Eigentums am Unternehmen, finden die Vorschriften über die Übertragung des Eigentums von beweglichen körperlichen Sachen Anwendung. „Ein Unternehmen ist mit Wirksamkeit gegen Dritte übertragen, wenn der dem Rechte am Unternehmen entsprechende tatsächliche Zustand in der Person des Erwerbers verwirklicht ist. Dem Besitze an der beweglichen körperlichen Sache entspricht der Betrieb des Unternehmens im eigenen Namen. Der Erwerber muß in der tatsächlichen Lage

sein, den Betrieb im eigenen Namen auszuüben“ (S. 50). Wie bei der Übertragung des Eigentums einer beweglichen Sache die Einigung und damit die Verfügung perfekt ist mit der Übergabe des Besitzes[1]), ebenso ist bei der Übertragung des Unternehmens die Verfügung in dem Augenblick rechtswirksam, wo der Erwerber in der tatsächlichen Lage ist, den Betrieb im eigenen Namen auszuüben. Dieser tatsächliche Akt, der der Besitzübergabe entspricht, kann bestehen in der Einführung in den Betrieb, nämlich dann, wenn zur Übertragung des Unternehmens die Übertragung der Organisation der Produktionsmittel genügt (S. 23, 27), oder in der Überlassung der sachlichen Produktionsfaktoren. Steht nämlich beim Publikum einmal die Meinung fest, daß in einem bestimmten Gewerbebetrieb geeignete Produkte erzeugt werden, so knüpft sich die Vorstellung dieser Tatsachen an irgend einen im Gewerbebetrieb nach außen deutlich hervortretenden Faktor; solche Faktoren sind gewisse äußerliche Momente, die sich durch ihre Erscheinung von anderen der gleichen Art unterscheiden, z. B. Betriebsanlage, Betriebslokal, Fahrzeuge von individueller Beschaffenheit oder mit individuellem Namen, der im Gewerbebetrieb verwendete Name (Firma, Etablissementsname), der Name des Erzeugnisses (Marke, Titel), kurz diejenigen Momente, welche einen das Gewerbe gegenüber dem Publikum individualisierenden Faktor mit der Wirkung

[1]) Vgl. Sohm I, S. 28, Anm. 9; Biermann, S. 142. Alle Verfügungen sind mit einer einzigen Ausnahme Verträge. Sohm I, S. 10.

bilden, daß die Neigung des Publikums, die in dem Gewerbebetrieb erzeugten Leistungen entgegenzunehmen, grade an dieses Moment geknüpft ist. (S. 28). Daher kann der Übergang des Unternehmens dadurch bewirkt werden, daß ein Unternehmer den Gebrauch der bei Ausübung seiner Erwerbstätigkeit verwendeten Bezeichnung einstellt und ihn einem Anderem, dem Erwerber, gestattet und dieser nun befugtermaßen den Gebrauch ausübt. Erst mit letzterem Moment, der Ingebrauchnahme des Unternehmungskennzeichens durch den Erwerber, ist das Unternehmen übergegangen, denn erst jetzt ist der tatsächliche Zustand in seiner Person verwirklicht, welcher die Verfügung (Veräußerung) perfekt macht (vgl. S. 45).

Pisko faßt also das Recht am Unternehmen als ein dingliches Recht auf. Vielleicht dürfte eine andere Auffassung die richtigere sein. Zunächst müssen wir uns über den Begriff des Betriebes klar werden.

Der Betrieb gehört zum Wesen jedes Unternehmens, er ist die Lebenskraft, die Vermögenswerte schaffende Produktivkraft, wodurch das Unternehmen erst seinen wirtschaftlichen Wert erhält. Man spricht daher im täglichen Leben ebenso oft von der Veräußerung eines Betriebes wie eines Unternehmens. Und doch soll der Betrieb unveräußerlich sein[1])! Denn eine Veräußerung einer Tätigkeit (des Betriebes) sei unmöglich[2]). Vielleicht ist aber der Ausdruck

[1]) Sohm II, S. 181; Pisko, S. 89.

[2]) Pisko (S. 5) unterscheidet zwischen dem Unternehmen als veräußerlichem Rechtsobjekt und dem Unternehmen als Tätigkeit.

„Veräußerung eines Betriebes“ garnicht so unrichtig, wie es auf den ersten Blick erscheint. Es ist nur nötig, daß wir uns über den Begriff des „Betreibens“ einmal klar werden. Die beiden eben genannten Schriftsteller, welche die Veräußerung des Betriebes leugnen, definieren diesen Begriff nicht genauer [1]). Anscheinend verstehen sie darunter etwas rein Tatsächliches, die tatsächlichen Verrichtungen der Betriebshandlungen. Neuerdings hat nun Sohm [2]) die juristische Natur des „Betreibens“ untersucht. Er kommt zu dem Resultat, daß „Betreiben“ im Rechtssinn gleichbedeutend ist mit der Inhaberschaft eines Handelsgeschäfts, der Herrschaft über das Handelsgeschäft. Die Herrschaft über das Handelsgeschäft hat aber derjenige, bei dem die Entscheidungsgewalt über die Vornahme der Betriebshandlungen (aller Geschäfte und Rechtshandlungen), über den Abschluß des Geschäfts steht und zwar kraft eigener Persönlichkeit im Außenverhältnis, dem Verkehr gegenüber. Der aus eigener Person im Außenverhältnis Leitungsberechtigte (Entscheidungsberechtigte) hat das Herrschaftsrecht, die personenrechtliche Macht über das Handelsgeschäft, er „betreibt“ das Gewerbe, er ist Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches. Der Betrieb eines

---

[1]) Pisko sagt S. 18 nur, daß man ohne vorhandene Organisation der Produktionsmittel und gesicherte Absatzgelegenheit nur von dem Betriebe, nicht dem Besitze eines Unternehmens reden könne.

[2]) Der Kommanditist ein Kaufmann? Leipziger Zeitschr. für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. 1909, S. 594—600.

Unternehmens ist ein Personenrecht, Ausfluß einer bestimmten persönlichen Eigenschaft, der Kaufmannseigenschaft, und gerichtet auf Betätigung dieser Eigenschaft, daher an sich untrennbar von der Persönlichkeit, unverfügbar, kein Gegenstand, es steht außerhalb des Verkehrs[1]). Aber dieses Personenrecht trägt das Streben in sich, sich in ein Vermögensrecht zu verwandeln. Der Verkehr, und ihm folgt das Gesetz, läßt eine Veräußerung eines Betriebes zu. Was veräußert und übertragen wird, ist nicht eine Tätigkeit, was überhaupt undenkbar ist, sondern die Inhaberschaft des Handelsgewerbes, das Leitungsrecht, das Recht auf die Fortsetzung der Betätigung der Individualität (der Kaufmannseigenschaft) des Veräußerers. Der Erwerber hat jetzt an Stelle des Veräußerers das ausschließliche Leitungsrecht. Er allein hat den „Betrieb". Betrieb und Unternehmen (Geschäft) fallen rechtlich zusammen. Die Pisko'sche Unterscheidung zwischen dem Unternehmen als Rechtsobjekt und dem Unternehmen als Tätigkeit (Betrieb) ist nicht haltbar. Die Bezeichnung des Unternehmens, wo dieses als Gegenstand eines Rechtsgeschäfts erwähnt wird, mit dem Ausdruck „Betrieb" ist daher (im Gegen-

---

[1]) Vgl. Sohm III, S. 382 ff. Die Sohmsche Auffassung des Betriebes als eines Personenrechts berührt sich mit einer früheren Entscheidung des Reichsgerichts [Seuff. Arch. 59 Nr. 4, (1904)], welche ebenfalls den Betrieb eines gewissen Unternehmens für ein an sich der Veräußerung unzugängliches Privatrecht erklärt, da es ein dem öffentlichen Recht angehöriges Grundrecht auf freie Betätigung der Persönlichkeit sei.

satz zu Pisko, S. 90) eine sprachlich zutreffende. Das Veräußerungsgeschäft, die Verfügung, ist ein Abtretungsvertrag (§ 413 BGB.), das Verpflichtungsgeschäft ein reiner Kaufvertrag (Kauf eines Rechts). Der Betrieb, ursprünglich ein Personenrecht, ist als veräußerliches Recht in den Verkehr getreten und damit zum „Gegenstand" geworden, daher gehört es zum Vermögen, zu dem der Nutznießung unterliegenden Kindesvermögen (§ 1655 BGB.), zur Konkursmasse (§ 134 Nr. 1 KO.), geht auf den Erben über usw.[1]). Fusionieren sich daher zwei AG., so wird damit auch der Betrieb, das Leitungsrecht der untergehenden Gesellschaft auf die Übernehmerin übertragen, eben weil es mit zum Gesellschaftsvermögen gehört[2]). In der tatsächlichen Möglichkeit eines lukrativen Erwerbs

[1]) Auf die weiteren Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden, insbesondere auf die Frage, ob der Betrieb gepfändet werden oder Gegenstand einer Zwangsvollstreckung sein kann. Das Reichsgericht verhält sich ablehnend. Die eben zit Entscheid. in Seuff. Arch. 59 Nr. 5 läßt eine Veräußerung des Betriebes zu, soweit sie mit Einwilligung der Beteiligten erfolge, hält dagegen eine Veräußerung wider Willen der Beteiligten z. B. in der Zwangsversteigerung für ausgeschlossen, weil dies einen Eingriff in die Individualitätsrechte, in das Recht auf Betätigung der Persönlichkeit bedeuten würde. Kommt man indes dazu, ein übertragbares Recht anzunehmen, so muß folgerichtig auch die Pfändung und Zwangsvollstreckung zulässig sein. Gegen die Zwangsvollstreckung ferner RG. 70, S. 226 ff. besonders S. 230.

[2]) Bei einer AG. steht das Leitungsrecht nicht etwa den Mitgliedern zu, sondern der Gesellschaft, dem rechtsfähigen Verein. Die AG. ist selber der Kaufmann, ihre Mitglieder sind keine Kaufleute. Sohm, a. a. O. S. 598.

durch die Fortsetzung dieses Leitungsrechts, der Betätigung der Individualität der Übertragerin besteht der wirtschaftliche Wert, welcher fähig ist, in die Bilanz aufgenommen zu werden[1]).

Prinzipiell muß das ganze Vermögen übertragen werden, „Veräußerung des Vermögens als Ganzes“ (§ 305). Trotzdem läßt Theorie und Praxis den Ausschluß einzelner im Verhältnis zum Ganzen unbedeutender Gegenstände zu[2]). Wie weit die Grenze zu ziehen ist, kommt auf den einzelnen Fall an. Man wird von dem Gesichtspunkt ausgehen müssen, „daß die Produktion in ihrem gesamten Umfang und ihrer gesamten Art von der Übernehmerin fortgesetzt werden kann, also z. B. bei vereinigten Betrieben, wie Spinnerei und Weberei, oder Kohlenbergwerk und Stahlwerk, keine bloße Abtrennung einer ganzen Betriebsart erfolgt“[3]). Unter Umständen wird nur eine Veräußerung des Leitungsrechtes genügen, z. B. bei Übertragung eines Zeitungsunternehmens mit dem Titel. Eine Veräußerung des ganzen Vermögens an verschiedene Übernehmer wird nicht genügen. Es findet hier wohl eine Veräußerung des ganzen Vermögens statt, aber nicht eine Veräußerung „im Ganzen“ (§ 303)[4]). Immer aber ist der Ausschluß einzelner Vermögensstücke nur möglich bei der Fusion mit stattfindender Liquidation (§ 305).

---

[1]) Lehmann, HR., S. 108.

[2]) RG. 24, S. 260; 69, S. 290; Staub zu § 303; Planck zu § 419 BGB.

[3]) v. Ziegler, S. 60.

[4]) v. Ziegler, S. 60.

Bei Fusion ohne Liquidation (§ 306) geht mit Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses das gesamte Vermögen uno actu über, vorausgesetzt, daß auch der Generalversammlungsbeschluß der Übernehmerin, durch den deren Grundkapital erhöht ist, und die erfolgte Erhöhung eingetragen werden (s. u.), sodaß niemand übrig bleibt, dem die ausgeschiedenen Gegenstände gehören könnten. Es muß daher die Ausscheidung erfolgen vor Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses [1]).

Wesentlich ist ferner für die Fusion die Übertragung des Vermögens gegen Gewährung von Aktien. Es liegt daher keine gesetzliche Fusion vor und finden die dafür getroffenen Erleichterungen keine Anwendung, wenn überhaupt keine Aktien oder neben Aktien andere Gegenleistungen gewährt werden. In diesen Fällen findet lediglich § 303 Anwendung.

Es erheischen jedoch die praktischen Bedürfnisse des Lebens gebieterisch eine entsprechende Anwendung der Fusionsvorschriften in dem Fall, daß Geldleistungen neben Aktien gewährt werden. Einmal muß beim Umtauschverhältnis die Abschlagsdividende für die gewährten Aktien berechnet werden [2]), andrerseits können Stückzinsen vorkommen, welche auf die gewährten Aktien zu entrichten sind, weil sie an der demnächst fälligen Dividende teilnehmen. Alles dies kann ohne Zulassung von Geldleistungen neben Aktien nur durch umständliche Regulierung des beiderseitigen Grund-

[1]) Zustimmend v. Ziegler a. a. O.

[2]) v. Ziegler, S. 61.

kapitals durch Erhöhung oder Herabsetzung erreicht werden. „Und schließlich muß es doch ganz gleich sein, ob zur Erzielung eines praktischen Umtauschverhältnisses die übertragenden Aktionäre etwas zuzahlen, dadurch den Wert ihrer Aktiva erhöhen und nur Aktien dafür empfangen; oder wenn sie weniger Aktien empfangen, aber dafür noch eine Zuzahlung[1]). " Die Praxis läßt denn auch Geldleistungen neben Aktien zu, obwohl sich diese Ansicht nach dem Gesetz nicht rechtfertigen läßt.

Praktisch wird diese Frage hauptsächlich in dem Falle, daß den Aktionären der Übertragerin ein Wahlrecht zwischen Aktien und Geldabfindung gelassen ist. Die Vorschriften über die Fusion dürfen nach dem Gesetz und der Theorie nur dann Anwendung finden, wenn sich sämtliche Aktionäre tatsächlich für Aktien entschieden haben[2]).

Es kann in dem Fusionsvertrag ausbedungen werden, daß die von der Übernehmerin zu gewährenden Aktien ausgekehrt werden sollen an die bisherigen Aktionäre der aufzulösenden Gesellschaft oder an diese selbst. Im ersten Fall liegt ein Vertrag zu gunsten Dritter vor. Es kann daher sowohl die Übertragerin als auch deren Aktionäre auf Aushändigung der Aktien klagen (§§ 330, 335 BGB.). Dem Zwecke des Vertrags wird es jedoch entsprechen, daß die Aktionäre der

---

[1]) v. Ziegler a. a. O.

[2]) RG. 9, S. 17; Staub, Anm. 3, § 305; vgl. über die Einzelheiten v. Ziegler, S. 63.

Übertragerin das Klagerecht erst dann erwerben, wenn die Vermögensübertragung tatsächlich ausgeführt ist[1]). Im Falle des § 306 ist immer nur ein Vertrag zu gunsten Dritter möglich, sollte auch im Fusionsvertrag der Ausdruck gewählt sein, daß die Aktien der Übertragerin gewährt werden. Denn die Übertragerin existiert nach der Eintragung des Liquidationsausschlusses nicht mehr, so daß ihr überhaupt keine Aktien ausgehändigt werden können[2]). Sehr wohl möglich ist dagegen eine Vereinbarung, daß die Übernehmerin das übernommene Unternehmen, etwa eine Bank, unter Beibehaltung des Charakters der letzteren weiterführt, sofern nur die Absicht dahin geht, daß die übernommene Bank nicht fernerhin ein selbständiges Rechtssubjekt bilden soll[3]).

Nicht nötig ist, daß die Übernehmerin immer ihr Grundkapital erhöht. Es ist denkbar, daß sie bereits soviel eigene Aktien besitzt oder erwirbt, daß eine Kapitalserhöhung nicht erforderlich erscheint[4]). Zwar darf eine AG. eigene Aktien nicht erwerben, aber nur im regelmäßigen Geschäftsbetrieb nicht (§ 226). Was heißt „im regelmäßigen Geschäftsbetrieb"? Staub (zu § 226) versteht darunter, daß der nächste und eigentliche Zweck der ist, durch den Erwerb der Aktien eine

---

[1]) Vgl. Planck, Anm. 1c zu § 330 BGB.

[2]) Staub, Anm. 23 § 306.

[3]) Vgl. die Entscheidung des OLG. Karlsruhe in der „Badischen Rechtspraxis" 1904, S. 197.

[4]) Staub, Anm 14 § 305; Rehm, S. 395; Lehmann II, S. 524; v. Ziegler, S. 68.

gewinnbringende geschäftliche Transaktion zu machen. In diesem Fall soll also der Erwerb eigener Aktien unzulässig sein. Im Fall der Fusion dient aber der Erwerb der Aktien sicherlich einem gewinnbringenden Geschäftszweck. Würde man das Gegenteil annehmen, so käme man zu dem Resultat, den Ankauf eigener Aktien zum Zwecke der Fusion immer für statthaft zu erklären, es läge also in der Hand des Vorstandes, die Fusion ohne Befragen der Generalversammlung durchzuführen (da eine Grundkapitalserhöhung nicht vorliegt) und Aktienankäufe zu einer für die Fusion günstigen Kurssteigerung auszuführen [1]). Zu diesem unhaltbaren Resultat muß Rehm [2]) gelangen, wenn er meint, daß der Ankauf des Vermögens einer AG. nicht in den Rahmen des regelmäßigen Geschäftsbetriebs falle, vielmehr ein sehr außergewöhnlicher Geschäftsvorgang sei. Er übersieht dabei, wie v. Ziegler [3]) richtig hervorhebt, daß es sich in § 226 nur um die Frage handelt, ob der Aktienankauf (nicht der Vermögensankauf) ein Geschäft des regelmäßigen Betriebes ist. Richtig dürfte die von v. Ziegler [4]) aufgestellte Ansicht sein, wonach als Unterscheidungsmerkmal anzusehen ist, ob der Aktienankauf vereinzelt und mehr zufällig oder planmäßig und sich wiederholend ist. Die Grenzziehung ist eine schwierige [5]).

---

[1]) v. Ziegler, S. 65.

[2]) S. 395.

[3]) S. 64.

[4]) S. 64.

[5]) Lehmann, HR., S. 405.

§ 4.

Notwendige Rechtshandlungen.

Die Fusion stellt sich dar, einerseits als eine Auflösung (für die übertragende Gesellschaft), andrerseits (regelmäßig) als Erhöhung des Grundkapitals (für die übernehmende Gesellschaft)[1]). Die Auflösung der Übertragerin ist geknüpft an den Generalversammlungsbeschluß, welcher „die Veräußerung des Vermögens im ganzen“ zum Gegenstand hat. Die Erhöhung des Grundkapitals der Übernehmerin ist eine Satzungsänderung, da die Satzung die Höhe des Grundkapitals genau angeben muß, (§ 182 II, Ziff. 3) und bedarf infolgedessen ebenfalls eines Beschlusses der Generalversammlung. Beiden Beschlüssen liegt zu grunde der Fusionsvertrag zwischen beiden Gesellschaften d. i. der obligatorische auf Vermögensübertragung gerichtete Vertrag.

Es sind also zur Durchführung der Fusion erforderlich drei Rechtshandlungen: der Veräußerungsvertrag, der Übertragungsbeschluß der sich auflösenden und der Erhöhungsbeschluß der aufnehmenden Gesellschaft. Wir wollen diese drei Rechtshandlungen einzeln betrachten und dann versuchen, eine empfehlenswerte Reihenfolge zu finden.

I. Der Veräußerungsvertrag.

Von dem obligatorischen Fusionsvertrag, dem Veräußerungsvertrag, ist scharf zu scheiden der auf

[1]) Lehmann, HR., S. 448.

Beitritt der Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft gerichtete Willensakt, die Zeichnung. Die Zeichnung bedeutet Beitrittserklärung zu einem Verein. Wie ist diese Erklärung juristisch zu konstruieren? Zwei Ansichten stehen sich gegenüber[1]). Die eine sagt, die Zeichnung ist ein Vertrag, die andere sieht in der Zeichnung ein einseitiges Rechtsgeschäft. Was zunächst die Vertragstheorie anlangt, so ist jedenfalls die Konstruktion der Zeichnung als eines obligatorischen Vertrags, etwa des Inhalts, daß die Übernehmerin der Übertragerin Aktienrechte verkauft und letztere als Gegenleistung ihre Sacheinlage (nämlich das Handelsgeschäft mit Aktiven und Passiven) leistet, ausgeschlossen, denn die zu leistenden Anteilsrechte der Übernehmerin sind erst entstanden mit der Eintragung der erfolgten Erhöhung (s. u. § 287 II), sodaß die Gewährung von Aktien von einem Willensakte der Übernehmerin unabhängig ist. Eine Übertragung von den der Übernehmerin gehörenden Aktionärrechten ist garnicht denkbar. Es liegt originärer und nicht derivativer Erwerb des Aktienrechts vor. Als Mitglied hat der Zeichner den obligatorischen Anspruch auf Aushändigung der Aktienurkunden. Diese Aushändigung erfolgt jedoch lediglich in Anerkennung und zur Beurkundung des bereits

[1]) Lehmann, HR., S. 397 f., woselbst weitere Literatur. — Daß bei der Fusion nicht im technischen Sinne durch Zeichnungsschein gezeichnet wird (§ 305 I), ändert an der juristischen Struktur des Aktes des Mitgliedwerdens seitens der Aktionäre der sich auflösenden Gesellschaft nichts.

bestehenden Rechtsverhältnisses, nicht als Verschaffung des Eigentums an den Aktienurkunden im Sinne von körperlichen Trägern der Aktionärrechte als fremder beweglicher Sachen[1]). Staub, ein Anhänger der Vertragstheorie, bezeichnet daher den Einlagevertrag nicht als Kaufvertrag, sondern als Gesellschaftsvertrag, neben dem es keinen besonderen Erfüllungsvertrag mehr gibt. Vielmehr wird durch die Eintragung der Grundkapitalserhöhung der Einbringer Mitglied der Gesellschaft und ist als solcher verpflichtet, wenn er es nicht schon vorher getan hat, den Einbringungsvertrag zu erfüllen[2]). Immerhin ist nach seiner[3]) Ansicht dieser Gesellschaftsvertrag (Zeichnungsvertrag) ein antragsmäßiger, d. h. die Rechtssätze über Antrag und Annahme (§ 145 ff. BGB.) finden Anwendung.

Von ganz anderen Gesichtspunkten geht die Theorie aus, welche in der Zeichnung ein einseitiges Rechtsgeschäft, eine Art Statusakt erblickt[4]). Hiernach ist die Zeichnung kein Vertrag, sondern ein Gesamtakt, gerichtet auf Mitgliedschaft in der AG. in Gemäßheit der Statuten derselben mit Pflichten (Zahlungspflicht, Leistung der Bar- resp. Sacheinlagen) und Rechten (Gewinnanteilsrecht), welche das Mitglied als solches

---

[1]) RG. 31, S. 21 f.; Staub bei Holdheim 3, S. 61 f.

[2]) Kommentar, Anm. 4, 19, § 196.

[3]) Und überhaupt nach der Ansicht der Anhänger der Vertragstheorie; vgl. Makower zu § 189.

[4]) Diese Theorie findet in steigender Zahl Anhänger. Lehmann, HR., S. 398, Anm. 5.

treffen[1]). Neben diesem Gesamtakt können noch besondere schuldrechtliche Verträge zwischen Zeichner und der AG. laufen. So geht bei einer Fusion die Vereinbarung voraus, nach welcher sich die Übernehmerin verpflichtet, die Sacheinlage zu gestatten und hierfür eine gewisse Anzahl Aktien zu gewähren. Diese nebenhergehenden schuldrechtlichen Vereinbarungen sind aber lediglich „naturales Beiwerk" und haben mit dem Akt der Gründung oder des Eintritts in eine bereits bestehende AG. nichts zu tun. „Sie gehen insoweit über die Beteiligung des Einzelnen am Gesamtakt hinaus und gewinnen einen selbständigen Rechtscharakter[2])."

Nach Biermann[3]) ist die Zeichnung kein Gesamtakt, sondern ein Beschluß, d. h. das Ergebnis mehrerer übereinstimmender[4]) Willenserklärungen und daher kein einseitiges, sondern ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (aber kein Vertrag, s. Anm. 4). Identifiziert man aber zweiseitiges Rechtsgeschäft und Vertrag[5]), so gelangt man auf diesem Wege wieder zu dem Resultat, die Zeichnung (den Beitritt) als einen, wenn

---

[1]) Lehmann I, S. 348 ff.

[2]) Örtmann, S. 81.

[3]) S. 140 f., 484.

[4]) Bei einem Vertrage geben nach Biermann die Parteien verschiedene, aber einander entsprechende Willenserklärungen ab, außerdem aber auch übereinstimmende Willenserklärungen (S. 141 f.). Der Vertrag gehört auch zu den zweiseitigen Rechtsgeschäften (S. 140).

[5]) Wie es die meisten Autoren tun; vgl. die bei Biermann, S. 140, Anm. 12 zit.

auch eigenartigen Vertrag zu konstruieren. Man kann daher die Zeichnung einen beschlußmäßigen oder personenrechtlichen Vertrag nennen. Der Unterschied zwischen diesem beschlußmäßigen personenrechtlichen Vertrag und dem antragsmäßigen schuldrechtlichen Vertrag besteht darin, daß bei letzterem zwei besondere in der Regel mit entgegengesetzten Interessen auftretende Parteien einander gegenüberstehen, während bei ersterem alle Beteiligten zusammenwirkend nebeneinander sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zusammenschließen und dadurch entweder schöpferisch eine Verbandspersönlichkeit in das Leben rufen (Gründung), oder sich mit in die einheitliche Reihe der Anderen stellen (Eintritt in die bestehende AG.)[1]). Auf diesen beschlußmäßigen Vertrag finden die Regeln von Antrag und Annahme keine Anwendung. Besonders deutlich zeigt sich grade bei der Fusion der Unterschied zwischen dem obligatorischen auf Vermögensübertragung gerichteten Fusionsvertrag und dem personenrechtlichen Vertrag. Der obligatorische Vertrag ist, wie unten dargelegt werden wird, perfekt bei Vorliegen eines gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrages über die Vermögensübertragung, des Übertragungsbeschlusses und des eingetragenen Erhöhungsbeschlusses. Der personenrechtliche Vertrag ist erst geschlossen mit der Eintragung der tatsächlich erfolgten Erhöhung. Erst in diesem Zeitpunkt sind die Aktionärrechte entstanden (§ 287). Dieser personenrechtliche (beschluß-

[1]) Vgl. Örtmann, S. 81.

mäßige) Vertrag ist ein Rechtsgeschäft, eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welche nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil sie gewollt ist (Planck I, S. 179)[1]).

Was den obligatorischen auf Vermögensübernahme gerichteten Vertrag betrifft, so bedarf er nach § 311 BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag ist nichtig (§ 125 BGB.). Dieser Formmangel würde auch durch Erfüllung nicht geheilt werden können. Analoge Anwendung des § 313 BGB. ist ausgeschlossen[2]). Allerdings wären die einzelnen Veräußerungen auf grund des nichtigen Vertrages vollgültig, da die Veräußerung abstrakt ist und durch den Mangel in ihrer Causa nicht berührt wird. Jedoch könnte das Geleistete mit der condictio sine causa (§ 812 BGB.) zurückverlangt werden[3]). Im Falle des § 306 würde jedoch bei mangelnder Form des Vertrags eine Gesamtnachfolge nicht eintreten[4]).

Über den Zeitpunkt, wann die Beurkundung des Vertrags erfolgen soll, sagt das Gesetz nichts. Sie ist daher sowohl vor als nach Fassung der General-

[1]) Gegen die Annahme eines Rechtsgeschäftes: Gierke, deutsch. Privatr. I § 33, Anm. 5; vgl. Biermann, S. 140, Anm. 12.

[2]) Planck zu § 125.

[3]) Staub, Anm. 15 zu § 303, ihm folgt v. Ziegler, S. 122, hält auch die Übereignung für nichtig.

[4]) Zustimmend v. Ziegler, S. 122.

versammlungsbeschlüsse zulässig[1]). Spätestens muß sie aber erfolgt sein vor Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals der Übernehmerin (§ 305 II). Auf keinen Fall kann man den Veräußerungsvertrag ersetzen durch Eintragung der sich entsprechenden Generalversammlungsbeschlüsse, wie früher vielfach gelehrt wurde[2]). Dies wird einmal schon durch das Gesetz selbst ausgeschlossen, welches in § 305 II Vorlage des Vertrags verlangt, als auch durch die Erwägung, daß die Generalversammlungsbeschlüsse grundsätzlich nur interne Wirkung haben für die Gesellschaft selbst, dagegen nicht nach außen Dritten gegenüber[3]). Für die Rechtswirkung nach außen bedarf es der Mitwirkung des Vorstandes als gesetzlichen Vertreters der AG. Ohne Vorliegen eines Vermögensübernahmevertrages wäre daher die Übertragerin nur nach innen zur Vermögensübertragung verpflichtet und ebenso die Übernehmerin nur nach innen zur Gewährung von Aktien, dagegen würde nach außen zwischen den Kontrahenten keine Bindung entstehen, dazu ist stets erforderlich der von den Vorständen der beiden AG. in gehöriger Form geschlossene Vertrag.

Der Fusionsvertrag hat, sobald er durch die beiderseitigen Generalversammlungsbeschlüsse bindend

---

[1]) Dies ist von Wichtigkeit für die Kosten der Beurkundung, welche im Falle der Nichtzustimmung der Generalversammlungen nutzlos aufgewendet wären. v. Ziegler, S. 68.

[2]) Vgl. Küfner, S. 37, Anm. 1.

[3]) Staub, Anm. 2 zu § 250; Lehmann II, S. 157.

geworden ist, gesetzliche Schuldhaftung der Übernehmerin neben der Übertragerin zur Folge (§ 419 BGB.) ohne Rücksicht darauf, ob die Übertragung des Vermögens erst erfolgt ist oder nicht. Diese Haftung tritt unabhängig von dem Willen der Vertragschließenden ein, ja selbst gegen deren Willen[1]). Diese Schuldhaftung ist aber eine gegenständlich beschränkte, d. h. die Übernehmerin haftet nicht persönlich, sondern nur mit dem übernommenen Vermögen, den Gegenständen, aus denen das Aktivvermögen besteht, und mit den ihr aus dem Vertrage zustehenden Ansprüchen (§ 419 II BGB.), Haftung cum viribus. Da nun nach § 303 HGB. die Ausantwortung des Vermögens nicht vor Ablauf des Sperrjahres erfolgen darf, so haftet die Übernehmerin zunächst nur mit dem Anspruch auf Herausgabe des Vermögens. Erst nach dem Ablauf des Sperrjahres mit dem Bestand des übernommenen Vermögens, soweit es übertragen ist[2]). Möglich ist natürlich auch persönliche Haftung der Übernehmerin, entweder auf Grund privativer Schuldübernahme (§§ 415 f. BGB.) oder auf Grund der Fortführung der Firma (§ 25 HGB.). Im Falle des § 306 tritt wegen der Universalsukzession immer unbeschränkte Haftung der Übernehmerin ein.

Der Vermögensübernahmevertrag als bloßer Verpflichtungsvertrag begründet natürlich keine Gesamt-

---

[1]) RG. 69, S. 284.

[2]) Über die Wirkung des § 419 BGB. auf die Bilanz der Übernehmerin s. Rehm, S. 397, und v. Ziegler, S. 145.

rechtsnachfolge in das Vermögen der Übertragerin. Seine Erfüllung erfolgt durch Einzelveräußerung usw.[1]).

Zum notwendigen Inhalt des Vertrags gehört eine genaue Bezeichnung des Erwerbers (der Übernehmerin). Die Aktionäre, welche durch Generalversammlungsbeschluß ihre Zustimmung zu dem Vertrage geben, haben ein Sonderrecht bei der Auswahl des Gegenkontrahenten mitzuwirken[2]), genaue Bezeichnung des Gegenstandes der von der Übertragerin zu leistenden Sacheinlage und des Betrags der für diese Einlage zu gewährenden Aktien, das Umtauschverhältnis der Aktien. Im übrigen richten sich die Festsetzungen je nach Lage des Falls.

II. Der Generalversammlungsbeschluß der Übertragerin.

Nach § 303 darf eine Veräußerung des Vermögens im Ganzen nur erfolgen auf Grund des Beschlusses der Generalversammlung, welcher nach zwingender Vorschrift mit mindestens $^3/_4$ Majorität gefaßt sein muß. Die Veräußerung des gesamten Gesellschaftsvermögens ist ein derartig wichtiger Vorgang, daß sie nur durch die Generalversammlung beschlossen werden kann. Das Gesetz hat in diesem Falle die sonst unbeschränkte und unbeschränkbare (§ 231) Vertretungsmacht des Vorstandes eingeschränkt. Auch der gute Glaube der Übernehmerin an die Vertretungsmacht des Vorstandes

[1]) Planck, Anm. 1 § 419.

[2]) Entscheidung des Kammergerichts im Zentrallblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. 7, S. 424.

würde nichts nützen, wenn in Wirklichkeit der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung nicht vorhanden ist. Denn die Übernehmerin mußte in diesem Falle den Mangel der Vertretungsmacht kennen [1]). Das Gesetz will den Bestand der Gesellschaft, welcher untrennbar an ihr Vermögen geknüpft ist, vor übereilten Maßnahmen schützen und erhalten. Daher gelten die erschwerenden Erfordernisse nur für die Gültigkeit des die Übertragung annehmenden Beschlusses, nicht für die Ablehnung desselben [2]).

Bei der Berechnung der $^3/_4$ Mehrheit wird nur das bei der Beschlußfassung vertretene Grundkapital gezählt, d. h. es kommen nur die Stimmen derjenigen in Betracht, welche sich bei der Abstimmung beteiligt haben und dadurch ihren Willen kundgegeben haben, bei der Entscheidung mitzuwirken (§ 251). Wer sich bei der Abstimmung nicht beteiligt, obgleich er in der Generalversammlung anwesend ist, gibt dadurch zu erkennen, daß er von seinem Stimmrecht keinen Gebrauch machen will. Es sind aber auch die Stimmen nicht mitzuzählen, welche sich infolge gesetzlicher oder statutarischer Pflicht der Abstimmung enthalten müssen. Werden solche Stimmen trotzdem abgegeben, so sind sie bei der Berechnung der $^3/_4$ Mehrheit unberücksichtigt zu lassen. Bei Nichtbeobachtung dieser Vorschriften ist der Beschluß gesetz- und statutenwidrig, er bleibt solange in Kraft, bis die Anfechtungsklage erhoben wird, die binnen 1 Monat seit dem Tage der Beschlußfassung

[1]) Staub, Anm. 7, § 303.

[2]) Vgl. RG. in Deutsch. Juristenzeit. 1906, S. 265.

erhoben werden muß. Versäumung der Frist macht also den Beschluß gültig (§ 271).

Zur Feststellung der $^3/_4$ Majorität ist daher folgende vierfache Feststellung erforderlich[1]:

1. Es müssen alle abgegebenen Stimmen gezählt werden mit Ausnahme der gesetz- und statutenwidrigen.

2. Sodann werden diejenigen Stimmen festgestellt, welche für die Vermögensübertragung stimmen. Hieraus ergibt sich, ob die erforderliche Stimmenmehrheit vorhanden ist.

3. Ist das bei der Beschlußfassung vertretene Grundkapital zu berechnen.

4. Wird untersucht, ob die aus 1. und 2. sich ergebende Majorität $^3/_4$ des unter 3. ermittelten Grundkapitals darstellt.

Ist die Übertragerin im Besitze gültig erworbener eigener Aktien, so fragt es sich, ob sie hinsichtlich dieser das Stimmrecht ausüben darf. Die Antwort muß verschieden ausfallen, je nachdem man das Verhältnis der eigenen Aktien rechtlich konstruiert.

Wer annimmt, daß alle Mitgliedschaftsrechte bestehen bleiben[2], muß der Übertragerin auch hinsichtlich ihrer eigenen Aktien das Stimmrecht gewähren. Wer sich dagegen dafür entscheidet, daß die Mitgliedschaftsrechte ganz[3] oder teilweise, besonders hin-

---

[1] Vgl. Küfner, S. 25.

[2] Rehm, S. 469; v. Ziegler, S. 70.

[3] Cosack und anscheinend RG. 70, S. 241.

sichtlich des Stimmrechts, ruhen [1]), muß das Stimmrecht verneinen.

Der Übertragungsbeschluß hat inhaltlich zum Gegenstand die Zustimmung der Generalversammlung zu dem von den Gesellschaftsorganen (Vorstand und Aufsichtsrat) mit der Übernehmerin zu schließenden (Einwilligung) oder schon geschlossenen (Genehmigung) Veräußerungsvertrag. Nicht hat er zum Gegenstand die Auflösung als solche, welche sich vielmehr als unmittelbare Folge des Zustimmungsbeschlusses ergiebt. Insofern ist allerdings der Übertragungsbeschluß zugleich Auflösungsbeschluß. Unrichtig ist die Ansicht Pinners [2]), welcher zwei Beschlüsse unterscheidet, den Übertragungsbeschluß nach § 303 I mit der dort vorgeschriebenen $^3/_4$ Majorität und den Zustimmungsbeschluß zu dem Veräußerungsvertrag nach § 305 II mit einfacher Stimmenmehrheit mangels besonderer statutarischer Bestimmungen. Wäre diese Ansicht Pinners richtig, so käme man zu unannehmbaren Resultaten. Gesetzt den Fall, es würde in einer Generalversammlung in Erwägung gezogen, sich mit einer anderen AG. zu fusionieren, um sich zu vergewissern, ob die Generalversammlung einem solchen Vorschlag geneigt ist, damit bejahendenfalls der Anbahnung einer privaten Verständigung mit der ins Auge gefaßten Übernehmerin die Wege geebnet werden und nicht Kosten und Mühe im Falle der Nichtzustimmung nutzlos aufgewendet sind,

[1]) Lehmann, Staub und die herrschende Lehre, welche nur das Dividendenrecht bestehen bleiben lassen.

[2]) Anm. II c, § 305; II_1, § 306.

und es würden sich nun $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals für eine Übertragung erklären, so wäre es geradezu ein Unding, wenn durch diesen „Übertragungsbeschluß" die Gesellschaft aufgelöst würde, da sie noch gar nicht einmal weiß, ob die Übernehmerin auch wirklich bereit ist, auf die Fusion einzugehen und unter welchen Bedingungen. Vielmehr wird es doch der natürlichen Auffassung und dem Interesse der Gesellschaft entsprechen, den Vorstand zu ermächtigen, über die näheren Vertragsbedingungen mit dem Erwerber zu verhandeln und den darauf geschlossenen Vertrag einer zweiten Generalversammlung vorzulegen, damit diese den Vertrag genehmigt, wodurch dann erst die Gesellschaft aufgelöst wird. Die Generalversammlung kann auch selbst die tatsächlichen Grundlagen des Vertrags festlegen, so daß die mit seinem Abschluß betrauten Organe lediglich als nach fester Anweisung handelnde Ausführungsorgane in Betracht kommen; sie gibt also ihre Einwilligung zu dem Vertrag. In diesen beiden Fällen liegt dann ein wirklicher Übertragungsbeschluß; die Gesellschaft wird und bleibt aufgelöst, auch wenn der Veräußerungvertrag mit der Übernehmerin nicht zustande kommt, da sie das Angebot nicht annimmt. Dies ist die herrschende Ansicht in der Theorie und Rechtsprechung [1]). Sie läßt sich auch aus dem Gesetz begründen. § 304 II bezeichnet die Tätigkeit der Generalversammlung in § 303 als „Zustimmung", und aus den Worten „auch .....

[1]) Vgl. Staub, Anm. 9, § 303; Lehmann-Ring, Anm. 3, § 303, RG. 62, S. 73.

solche Vereinbarung", besonders aber aus § 305 II, „der von der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft genehmigte Vertrag", geht deutlich hervor, daß der Übertragungsbeschluß auf einen Vertrag Bezug nimmt, der in seinen Einzelheiten bereits feststeht[1]).

Die durch den Zustimmungsbeschluß erfolgte Auflösung ist durch den Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 293). Eingetragen wird nicht der Zustimmungsbeschluß, wie Staub[2]) annimmt, sondern die infolge des Beschlusses bereits eingetretene Auflösung[3]). Die Eintragung wirkt nicht konstitutiv, sondern deklaratorisch, d. h., die Eintragung dient nur zur Kundbarmachung, nicht zur Rechtswirksamkeit des Zustimmungsbeschlusses. Die Unterlassung hat daher nur die Folge, daß die Gesellschaftsauflösung gutgläubigen Dritten nicht entgegengesetzt werden kann[4]).

Streitig ist, ob der Übertragungs- (Zustimmungs-) beschluß ausnahmsweise, wenn er implicite eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages enthält, z. B. die Gesellschaft durch ihn vor der statutarisch bestimmten Zeit aufgelöst wird, zu seiner Gültigkeit der Eintragung nach § 277 III bedarf, die Auflösung also auch erst in diesem Zeitpunkt eintreten kann. Dies wird bejaht

---

[1]) Makower, Anm. II a, § 303; Lehmann II, S. 537, Anm. 1; v. Ziegler, S. 69. Zustimmungsbeschluß und Übertragungsbeschluß decken sich also, sie sind unzertrennlich miteinander verbunden. Der Unterschied besteht nur dem Namen nach, nicht dem Inhalt nach.

[2]) Anm. 15, § 305.

[3]) Zustim. Goldmann, Anm. 3, § 305.

[4]) Staub, Anm. 6, § 293.

von Pinner[1]), Lehmann-Ring[2]) und Staub[3]). Makower[4]) verlangt sogar, daß vor- oder gleichzeitig ein besonderer Satzungsänderungbeschluß gefaßt und eingetragen werden müsse. Diese letzte Ansicht geht entschieden zu weit. Es ist nicht ersichtlich, warum nicht die Generalversammlung durch den Übertragungsbeschluß eine Verkürzung der im Gesellschaftsvertrag bestimmten Zeitdauer dahin beschließen kann, daß die Gesellschaft sofort aufhört[5]).

Aber auch die Ansicht der anderen Schriftsteller, welche zur Gültigkeit des den Gesellschaftsvertrag abändernden Übertragungsbeschlusses dessen Eintragung verlangen, ist abzulehnen. Ein Beschluß, der dahin geht, die im Gesellschaftsvertrag bestimmte Zeit abzukürzen dergestalt, daß die Gesellschaft sofort aufhört, ist überhaupt kein Satzungsänderungsbeschluß, sondern reiner Auflösungsbeschluß im Sinne des § 292 Ziff. 2. Er hat zum Gegenstand nicht Statutenänderung, sondern Statutenabschaffung samt der auf diesen aufgebauten AG. Er will nicht Gesellschaftsfortsetzung auf neuer Grundlage, wie alle anderen Satzungsänderungsbeschlüsse, sondern Gesellschaftsauflösung. Ein solcher Beschluß hat aber die Auflösung ipso jure zur Folge, ohne daß es einer Eintragung bedarf[6]).

[1]) Anm. 3, § 293.
[2]) Anm. 5, § 305.
[3]) Anm. 15, § 305.
[4]) Anm. I b, § 292.
[5]) Lehmann-Ring, Anm. 3, § 292.
[6]) Im Resultat übereinstimmend Goldmann, Anm. 3, § 292.

Stellt die Satzung für die Abänderung des Gesellschaftsvertrages eine größere Majorität als $^3/_4$ fest, so muß auch wohl der Auflösungsbeschluß diesen schwereren Erfordernissen genügen. Eine sichere Entscheidung kann nicht gefällt werden, da es ganz darauf ankommt, welche Stellung man zu dem vielumstrittenen Begriff der Sonderrechte einnimmt.

Was die Ausdrücke „Zustimmung“ und „Genehmigung“ betrifft, so ist zu beachten, daß sie in §§ 304 II, 305 II nicht dieselbe technische Bedeutung, wie im BGB. §§ 182 ff. haben. Dort wird die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts abhängig gemacht von der Zustimmung eines Dritten, hier von der Zustimmung der Generalversammlung als Organ desselben Rechtssubjekts. Es handelt sich um ein Zusammenwirken des Vorstandes und der Generalversammlung, weshalb es nicht zulässig ist, die Generalversammlung als einen „Dritten“ anzusehen[1]). Plotke vergleicht diese Zustimmung mit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu Rechtsgeschäften des Vormunds. Der Unterschied von der gewöhnlichen Genehmigung besteht darin, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erst wirksam wird, wenn sie dem anderen Teile vom Vormund mitgeteilt wird (§ 1829 BGB.). Auf den Fall der Fusion angewandt: Genehmigt die Generalversammlung der Übertragerin den Vertrag, so ist die Genehmigung der Übernehmerin gegenüber erst wirksam, wenn sie ihr durch den Vorstand der Über-

[1]) Plotke bei Holdheim 10, S. 249; Rehm, S. 395; v. Ziegler, S. 69. a. A. Lehmann-Ring, Anm. 3, § 303.

tragerin mitgeteilt wird; ebenso wird die Zustimmung der Übernehmerin zum Vertrage (diese geschieht durch Eintragung des Erhöhungsbeschlusses) mit der Mitteilung seitens des Vorstandes der Übernehmerin wirksam [1]). Die analoge Anwendung des § 1829 BGB. scheint m. E. nicht richtig zu sein. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist etwas ganz anderes als die Genehmigung der Generalversammlung. Erstere ist ein obrigkeitlicher Akt und kein Rechtsgeschäft, letztere dagegen ein Rechtsgeschäft. Analogie ist nun aber „die Anwendung eines gegebenen Rechtssatzes auf genau den gleichen Tatbestand, sofern in einem anscheinend anderen konkreten Tatbestande das gleiche Element gefunden wird, welches durch den gegebenen Rechtssatz bereits seine Ordnung gefunden hat“ [2]). Das gleiche Element fehlt aber in diesen beiden Fällen der Zustimmung, in dem einen Fall ist die Zustimmung Rechtsgeschäft, in dem anderen nicht. Viel eher erscheint analoge Anwendung der §§ 182 ff. BGB. am Platze zu sein, die Zustimmung ist hier wie dort ein Rechtsgeschäft, das Element ist in beiden Fällen der Zustimmung das Gleiche. Einer analogen Anwendung steht daher nichts im Wege. Tut man das, so ist der Zustimmungsbeschluß sofort wirksam, es bedarf keiner Mitteilung an den anderen Teil, § 1821 BGB. Nicht dagegen ist anwendbar § 183 BGB. (Widerruflichkeit der Einwilligung bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts). Dies folgt aus der Auflösungs-

[1]) Plotke, S. 249; Rehm, S. 397.

[2]) Sohm, Institutionen, S. 33.

wirkung des Einwilligungsbeschlusses. Hat die Generalversammlung einmal ihre Einwilligung zu dem Veräußerungsvertrag gegeben, nicht bloß eine allgemeine Ermächtigung zur Veräußerung erteilt (s. o. S. 50), so ist und bleibt die Gesellschaft aufgelöst ohne Rücksicht darauf, ob der Vertrag auch wirklich zustande kommt. Die Übertragerin kann allerdings, wenn die beabsichtigte Fusion nicht erreicht wird, die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen, ohne erst den umständlichen Weg der Neugründung zu beschreiten (§ 307), dagegen hat sie nicht die Macht, wenn die Fusion noch erreicht werden kann, durch einen Beschluß die Fortsetzung der Gesellschaft herbeizuführen. Ob die Fusion erreicht werden kann, steht nicht in dem Belieben der Generalversammlung[1]), das liegt in Umständen außerhalb ihres Willens[2]).

Möglich ist, daß bei der Übertragerin mehrere Aktiengattungen mit verschiedener Berechtigung vorhanden sind, der eine Teil der Aktien ist gegenüber dem anderen Teil mit Vorrechten ausgestattet, sog. Prioritätsaktien (Geg. Stammaktien). Diese Vorrechte können der verschiedensten Art sein, sie können bestehen in einem Dividendenvorrecht oder in Bevor-

---

[1]) Wie Gareis, Anm. 1, § 307, behauptet.

[2]) Staub, Anm. 8, § 307. Vgl. v. Ziegler, S. 69, Anm. 65: „Ein Widerruf des Zustimmungsbeschlusses mag gerade dann versucht werden, wenn die Initiative von der Generalversammlung ausgegangen war und es einer starken Minderheit gelingen könnte, nachträglich sich die fehlenden Stimmen zu erwerben."

zugung hinsichtlich der Liquidationsquote oder in höherem Stimmrecht usw. Unter Umständen können nun diese Vorrechte durch den Fusionsbeschluß stark beeinträchtigt werden. Es wird z. B. im Übertragungsbeschluß festgesetzt, daß auf je eine Aktie der Übertragerein nur eine Aktie der Übernehmerin entfällt, ohne Rücksicht darauf, ob die Aktien der Übertragerin Stamm- oder Prioritätsaktien sind, während es vielleicht dem inneren Wert der Prioritätsaktien entsprechen würde, daß auf je eine derselben zwei neue der Übernehmerin ausgehändigt würden. Gibt das Gesetz hiergegen einen Schutz? In § 275 III wird bestimmt, daß im Falle der Änderung des Gesellschaftsvertrags es neben dem Beschlusse der Generalversammlung eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der benachteiligten Aktionäre bedarf. Wir haben nun S. 52 gesehen, daß der Übertragungsbeschluß stets, auch wenn er eine Satzungsänderung in sich schließt, diesen Erfordernissen nicht zu genügen braucht. Daher findet streng genommen § 275 III beim Übertragungsbeschluß keine Anwendung [1]). Jedoch wird man § 275 III analog anwenden dürfen bei ausdrücklich beabsichtigter Änderung.

Praktisch wird diese Frage bei der Fusion nicht häufig werden. In den beiden häufigsten Fällen der

[1]) So Staub, Anm. 4, § 275. Lehmann-Ring, Anm. 5. § 275. Pinner, Anm. III, 1, § 275 mit der Begründung, daß der Übertragungsbeschluß nur mittelbar auf die verschiedenen Gattungen verschieden wirkt. Nur eine beabsichtigte ausdrückliche Änderung rechtfertigt die Anwendung von § 275 III. Nach Makower, Anm. Ib. § 185, genügt mittelbare Änderung.

Prioritätsaktien, in denen das Vorrecht in einem höheren Dividendenrecht oder einem Recht auf höhere Liquidationsquote besteht, ist § 275 III von selbst ausgeschlossen. Das bloße Dividendenvorrecht kann natürlich nur solange bestehen, als die AG. existiert und Gewinne verteilen kann. Ist die AG. zum Zwecke der Fusion aufgelöst, so hört damit die Gewinnverteilung auf.

Im zweiten Fall des Vorrechts auf eine höhere Liquidationsquote bezieht sich das Vorrecht auf das nach der Liquidation übrig bleibende Reinvermögen. Bei der Fusion ist aber ein übrig bleibendes Reinvermögen nicht vorhanden, denn die Gegenleistung für das veräußerte Gesellschaftsvermögen besteht nicht in einer Geldsumme, welche nach Erledigung der Gläubigerschutzmaßregeln verteilt werden kann, sondern in der Gewährung von Mitgliedschaftsrechten der Übernehmerin. Gibt es aber kein verteilbares Vermögen, so gibt es auch kein Verteilungsvorrecht.

III. Der Generalversammlungsbeschluß der Übernehmerin.

Die Übernehmerin muß, um die Aktionäre der Übertragerin als Mitglieder aufnehmen zu können, regelmäßig ihr Grundkapital durch Schaffung neuer Anteilsrechte erhöhen. Da auf das zu erhöhende Grundkapital eine Einlage gemacht wird, welche nicht durch Barzahlung zu leisten ist, so muß der Erhöhungsbeschluß enthalten den Gegenstand der Einlage, den

Namen der Übertragerin und den Betrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien (§ 279). Die neuen Aktien dürfen nicht unter Pari ausgegeben werden. Ausgabe über Pari ist zulässig, wenn sie im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist, oder, wenn dies nicht der Fall ist, der Erhöhungsbeschluß den Gesellschaftsvertrag dahin abändert, daß die Ausgabe über Pari fortan zulässig sein soll[1]). Dagegen braucht der Überpari-Ausgabewert bei der Anmeldung der erfolgten Erhöhung nicht angegeben zu werden im Gegensatz zu der gewöhnlichen Kapitalerhöhung (§ 305 I, welcher § 284 III und damit § 195 III außer Anwendung setzt)[2]). Indirekt ist dadurch auch § 284 V ausgeschlossen, denn wenn der Ausgabekurs nicht zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet wird, so wird er auch nicht in die Veröffentlichung, durch welche die Kapitalserhöhung bekannt gemacht wird (§ 284 V), aufgenommen, da nach der allgemeinen Vorschrift des § 10 nur die Eintragungen in das Handelsregister veröffentlicht werden. Ferner ist der Anmeldung beizufügen eine Berechnung der für die Gesellschaft durch die Ausgabe der neuen Aktien entstehenden Kosten und der von der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft genehmigte Vertrag über die Vermögensübertragung (§ 305 II). Durch diese letztere Bestimmung ist eigentlich die Aufrechterhaltung des § 284 II, Ziff. 2 in § 305 I überflüssig, denn daß im § 305 II eine beglaubigte

[1]) Staub, Anm. 12, § 278.

[2]) Nach Staub, Anm. 17, § 305, ist dies ein Versehen.

Abschrift des Fusionsvertrags genügt, bedeutet keine sachliche Änderung [1]).

Eine Angabe des Mindestbetrages, zu dem die Ausgabe der neuen Aktien erfolgen soll, kommt bei der Fusion nicht in Frage, obwohl § 278 III durch § 305 I nicht ausgeschlossen ist [2]). § 278 III findet nur Anwendung bei Bareinlagen, um das Minimum festzustellen, welches für die neuen Anteilsrechte eingebracht werden muß, wobei es dem Ermessen des Vorstandes überlassen bleibt, einen höheren Ausgabekurs festzusetzen. Bei einer Sacheinlage, wie es die Fusion ist, ist aber fest bestimmt, wieviel eingebracht wird, nämlich der Gesamtkomplex des Vermögens der Übertragerin. Würde nun die Generalversammlung unter Festsetzung der Mindestgrenze des Ausgabekurses dem Vorstand überlassen, auch einen höheren Ausgabekurs anzunehmen, so läge es in der Hand des Vorstandes, den Wert der Aktiva der Übertragerin [3]) in die Höhe zu treiben, was gegen das Interesse der Übernehmerin verstoßen würde, die natürlich das übernehmende Vermögen möglichst billig veranschlagt wissen will. Ein höherer Ausgabekurs der neuen Aktien könnte nur dann festgesetzt werden, wenn

---

[1]) Makower, Anm. IIIe 3, § 305; v. Ziegler, S. 121.

[2]) Lehmann II, S. 537.

[3]) welcher besteht in dem Kurse ihrer Aktien, deren Zahl feststeht. Es besteht immer die Gleichung: Aktienkapital der Übertragerin mal angenommenem Kurswert desselben = Erhöhungskapital der Übernehmerin mal festgesetztem Kurswert desselben. v. Ziegler, S. 116, Anm. 21.

zugleich ihre Zahl verringert würde. Dies kann aber wegen § 279 nicht in das Belieben des Vorstandes gestellt werden [1]).

Sind mehrere Gattungen von Aktien vorhanden, so bedarf es stets neben dem Beschluß der Generalversammlung eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der Aktionäre jeder Gattung (§ 278 II).

Alles dies entspricht im Allgemeinen der Regelung der gewöhnlichen Grundkapitalserhöhung. Das Gesetz hat aber zwecks Erleichterung und Vereinfachung der Fusion von anderen Vorschriften, die es sonst für die Erhöhung fordert, abgesehen. Es bleiben bei der Grundkapitalserhöhung im Falle der Fusion außer Anwendung die Vorschriften der §§ 278 I, 280 II, 281, 282, 283 I, 284 II Nr. 1 und III. Das will im Einzelnen besagen:

Außer Anwendung bleibt die Vorschrift, wonach eine Erhöhung des Grundkapitals nicht vor der vollständigen Einzahlung des bisherigen Kapitals erfolgen soll. Dieses Verbot will bei der gewöhnlichen Grundkapitalserhöhung eine übermäßige durch die Bedürfnisse des Unternehmens nicht gerechtfertigte Vermehrung des Grundkapitals verhindern, welches auf der Suche nach Verwendung leicht zu Spekulationen aneifert [2]). Diese Befürchtung trifft jedoch bei der

[1]) Über die Berechnung des wirklichen Wertes des übernommenen Vermögens vgl. v. Ziegler, S. 116 ff.

[2]) von Völderndorff zu § 215a Akt.-Ges; Lehmann, HR., S. 439; v. Ziegler, S. 50.

Fusion nicht zu. Handelt es sich doch hier nur um den Austausch von Aktien der einen Gesellschaft gegen solche der anderen Gesellschaft (Denkschrift S. 330), um eine besonders enge Verbindung zweier Unternehmungen in rechtlichem Zusammenschluß, ohne Verschiebung in den werbenden Produktionsmitteln und in ihren wirklichen Trägern [1]). Wenn auch die rechtliche Persönlichkeit der einen Gesellschaft, der das zu übertragende Unternehmen gehört, untergehen muß, so bleibt doch wirtschaftlich das Unternehmen bestehen, es wechselt nur rechtlich, nicht wirtschaftlich, seinen Träger, denn die bisherigen Träger, die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft, werden nunmehr Mitglieder an den vereinigten Unternehmungen und bleiben daher an dem Gedeihen des übertragenen Unternehmens interessiert. Geld dagegen, welches durch Bareinlagen aufgebracht wird, muß erst Verwendung suchen, und dieses Suchen nach Verwendung, welches bei der Fusion nicht notwendig ist, führt dann leicht zur Spekulation und rechtfertigt deshalb das Verbot des § 278.

Besteht hiernach bei der Fusion das Gebot der Vollzahlung des Grundkapitals nicht, so fällt auch eine diesbezügliche Versicherung bei der Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses zum Handelsregister weg (§ 280 II).

Eine Zeichnung der neuen Aktien seitens der Aktionäre der Übertragerin findet nicht statt (§ 281). Infolgedessen entfällt bei der Anmeldung der erfolgten

---

[1]) v. Ziegler, S. 60.

Erhöhung zum Handelsregister die Beifügung der Duplikate der Zeichnungsscheine und ein von den Mitgliedern des Vorstandes unterschriebenes Verzeichnis der Zeichner, welches die auf jeden entfallenden Aktien angibt (§ 284 II N[1]).

Ein gesetzliches Bezugsrecht auf die neuen Aktien haben natürlich nicht die Aktionäre der Übernehmerin, denn die neuen Aktien sollen ja grade den Aktionären der aufgelösten Gesellschaft gewährt werden. Nach § 282 kann das gesetzliche Bezugsrecht nur durch den Erhöhungsbeschluß beseitigt werden. In dem Erhöhungsbeschluß, welcher Sacheinlagen zuläßt, liegt aber eine solche Entziehung auch ohne ausdrückliche Hervorhebung, sodaß sich das Bezugsrecht soweit vermindert, als das neue Kapital dadurch erschöpft ist[1]). § 305 I hebt dies noch besonders hervor, indem es § 282 außer Anwendung setzt. An sich hätte es dieser Hervorhebung nicht bedurft, da der Ausschluß des § 282 sich von selbst versteht.

Der Erhöhungsbeschluß wird wirksam erst mit seiner Eintragung (§ 277 III). Durch den rechtswirksamen Erhöhungsbeschluß erteilt die Generalversammlung der Übernehmerin ihre Zustimmung zu dem Fusionsvertrag, der bei Vorhandensein des Übertragungs(Zustimmungs)-Beschlusses der Übertragerin und gehöriger Beurkundung (§ 311 BGB.) damit perfekt wird. Von dem Zustimmungsbeschluß der Übertragerin unterscheidet er sich einmal dadurch,

---

[1]) Vgl. Lehmann II, S. 463.

daß er zwecks Wirksamwerdens eingetragen werden muß und daß die zustimmende Mehrheit weniger als $^3/_4$ betragen kann, wenn nämlich die Satzung dies zuläßt, § 275. Es ist jedoch zu beachten, daß durch die Fusion oft eine Änderung des Gegenstandes des Unternehmens eintreten wird, z. B. bei Fusionierung von Brauerei und Mälzerei, Spinnerei und Weberei, Kohlenzeche und Eisenwerke, und dann $^3/_4$ Majorität erreicht sein muß, § 275 II.

Außer dem gesetzlichen Normalfall der Erhöhung des Grundkapitals ist eine Fusion auch möglich ohne Erhöhung desselben, wenn nämlich die Übernehmerin sich im Besitze einer genügenden Anzahl eigener Aktien befindet (s. o.). In diesem Falle ist an sich eine Zustimmung der Generalversammlung zum Fusionsvertrag nicht nötig. Der von den Vorständen der beiden Gesellschaften geschlossene Fusionsvertrag wäre also perfekt, sobald die Übertragerin ihren Zustimmungsbeschluß erteilt hat. In der Regel wird allerdings auch hier die Generalversammlung der Übernehmerin ihre Zustimmung erteilen müssen, wenn nämlich dieser Fall im Gesellschaftsvertrage vorhergesehen ist oder das Interesse der Gesellschaft es erfordert, § 253 II [1]).

Um die regelmäßig erforderliche dreifache gerichtliche oder notarielle Beurkundung, nämlich des Vertrags und der beiden Zustimmungsbeschlüsse zu ver-

[1]) Mangelnde Zustimmung der Generalversammlung macht aber die erfolgte Fusion nicht ungültig. Vgl. im Einzelnen v. Ziegler, S. 115.

meiden, macht Plotke[1]) den Vorschlag, den Fusionsvertrag in Antrag und Annahme zu zerlegen und von dem Hülfsmittel der §§ 128, 152 BGB. Gebrauch zu machen, wonach bei gerichtlicher oder notarieller Beurkundung eines Vertrags zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags beurkundet werden kann und durch letztere Beurkundung der Vertrag zustande kommt; es macht also der Vorstand der einen Gesellschaft unter gleichzeitiger Zustimmung der Generalversammlung das Angebot, welches der Vorstand der anderen Gesellschaft ebenfalls mit Zustimmung der Generalversammlung annimmt. Die Zustimmungsbeschlüsse beider[2]) Generalversammlungen sind Einwilligungsbeschlüsse, so daß die Vertragserklärung des Vorstandes dem Generalversammlungsbeschluß nachfolgt.

Die Zerlegung des Vertrags in Antrag und Annahme mit getrennter Beurkundung läßt sich dann auch anwenden, wenn die Fusion auf Seiten der Übernehmerin keiner Zustimmung der Generalversammlung bedarf[3]).

IV. Die Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals.

Es ist bei der Grundkapitalserhöhung zu scheiden zwischen tatsächlich erfolgter und rechtlich erfolgter Erhöhung. Tatsächlich erfolgt ist die Erhöhung, wenn

[1]) Holdheim 10, S. 248 ff.

[2]) Nicht bloß der Zustimmungsbeschluß der Übernehmerin, wie v. Ziegler, S. 68, Anm. 62, annimmt.

[3]) v. Ziegler, S. 68.

das Vermögen der AG. vermehrt ist, wenn ihr wirtschaftlich neue Vermögenstücke zugeführt sind, sei es auch nur in Gestalt von Forderungsrechten. Tatsächlich erhöht ist das Grundvermögen daher mit der Deckung des Erhöhungsbeschlusses durch Zeichnungen, bei Sacheinlagen mit der Perfektion des Einlagevertrags (bei der Fusion des Fusionsvertrags) ohne Rücksicht auf die Erfüllung[1]). Dies folgt aus § 284, wo alle Tatsachen bezeichnet sind, an welche das Gesetz das tatsächliche Erfolgtsein der Erhöhung knüpft. Darnach müssen allerdings bei Bareinlagen mindestens 25% eingezahlt sein (§ 284 III, 195 III), dagegen genügt bei Sacheinlagen die Vorlage der Verträge (§ 284 II Ziff. 2, dem entspricht § 305 II); das Gesetz hätte sonst noch den Nachweis über die geschehene Übertragung der einzelnen Vermögensstücke verlangen müssen[2]). Rechtlich ist dagegen das Grundkapital erst erhöht, wenn die tatsächlich erfolgte Erhöhung eingetragen ist[3]). Die entscheidende Beweisstelle steht in § 287, wo das Grundkapital vor der Eintragung als ein „noch zu erhöhendes" bezeichnet wird, trotzdem es tatsächlich schon vorher erhöht ist. Erst mit der Eintragung der erfolgten Erhöhung ist das Grundkapital bilanzmäßig zu ändern und wird der Zeichner Aktionär und dividendenberechtigt[4]).

---

[1]) Staub, Anm. 18, § 305; Lehmann-Ring, Anm. 7, § 305.

[2]) Staub, Anm. 20, § 195, Anm. 2, § 284, Anm. 18, § 305; Lehmann-Ring, Anm. 7, § 305; v. Ziegler, S. 120.

[3]) Rehm, S. 383 ff.; Staub, Anm. 8, § 287; A. A. Pinner, Anm. II, § 284; Makower, Anm. III, § 284.

[4]) Rehm, S. 387.

Die Sacheinlage wird nicht in das Handelsregister eingetragen weder bei der Gründung noch bei der Kapitalserhöhung. Wohl aber wird die Sacheinlage bei der Gründung veröffentlicht, trotzdem sie nicht eingetragen ist (§ 199 HGB.). Eine diesem Paragraphen entsprechende Vorschrift fehlt aber bei der Grundkapitalserhöhung (vgl. §§ 280, 284, 285, 10), obwohl das gleiche öffentliche Interesse vorliegt, wie bei der Gründung. Publiziert wird also nur die Tatsache, daß durch die Generalversammlung die Erhöhung des Kapitals beschlossen und die Erhöhung durchgeführt sei[1]).

Zusatz I.

Häufig wird die Übernehmerin alle oder wenigstens die Mehrzahl der Aktien der Übertragerin bereits besitzen, wie dies zumal der Fall sein wird, wenn die beiden Gesellschaften schon früher in wirtschaftlichem Zusammenhang standen. Von Wichtigkeit wird dies für die Beschlußfassung über die Fusion. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden.

1. Der Übernehmerin gehören alle Aktien der Übertragerin. Dann ist die Übernehmerin tatsächlich in der Lage, die wirtschaftliche Fusion zu einer rechtlichen zu machen. An sich steht der rechtlichen Fusion allerdings § 252III entgegen, da die Beschlußfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Aktionär und der Gesellschaft betrifft. Verletzung dieser Vorschrift zieht die Anfechtbarkeit des Beschlusses

[1]) Vgl. Wehrs bei Holdheim 10, S. 166.

durch die anderen Aktionäre nach sich, zu deren Schutz diese Bestimmung gegeben ist. Es fehlt aber an den „anderen“ Aktionären, da die Übernehmerin sämtliche Aktien besitzt, und damit an dem Anfechtungsberechtigten[1]).

2. Der Mangel des Anfechtungsberechtigten gestattete im vorigen Fall die Durchführbarkeit der rechtlichen Fusion. Ist dagegen ein Anfechtungsberechtigter vorhanden, was der Fall ist, wenn die Übernehmerin nur einen Teil der Aktien der Übertragerin besitzt, so kann die Fusion in Frage gestellt werden, falls die Übernehmerin mit den ihr gehörigen Aktien der Übertragerin zwecks Erreichung der Fusionsmehrheit für die Fusion gestimmt hat. Nun hat die moderne Rechtsentwickelung die sogenannte Legitimationsübertragung geschaffen. Legitimation ist der von Rechtswegen für den Verkehr genügende Ausweis der Berechtigung[2]). Wer legitimiert ist, d. h. wer solchen Ausweis besitzt, gilt zugunsten des gutgläubigen Verkehrs als berechtigt, mag er in Wahrheit berechtigt sein oder nicht. Bei unbeweglichen Sachen legitimiert die Eintragung ins Grundbuch, bei beweglichen Sachen und Inhaberaktien der Besitz, bei Namenaktien die Eintragung im Aktienbuch. Folglich ist der Besitzer der Inhaberaktie, resp. der in das Aktien-

---

[1]) Irrig meint v. Ziegler, S. 70, es fehle an dem Anfechtungsgegner. Der Anfechtungsgegner, d. h. derjenige, gegenüber welchem die Anfechtung erklärt werden muß (§ 1431 BGB.), ist die Übertragerin, evtl. gemäß § 308 die Übernehmerin.

[2]) Sohm I, S. 52 ff.

buch eingetragene, als Mitglied (Aktionär) legitimiert und als solcher stimmberechtigt. Überläßt also die Übernehmerin die ihr gehörigen Aktien der Übertragerin an einen Dritten[1]), damit dieser in eigenem Namen für die Fusion stimme, so ist dieser ohne weiteres stimmberechtigt, es braucht ihm kein Eigentum übertragen zu werden, der Inhaber als solcher ist als stimmberechtigter legitimiert. Aber der legitimierte Dritte ist nicht der Berechtigte. Die Legitimation ist als solche keine Berechtigung. Berechtigter ist vielmehr der Eigentümer der Aktie, die Übernehmerin. Der anfechtungsberechtigte Aktionär, der Gegner, kann beweisen, daß der Inhaber „zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist", er hat die Einwendung der mangelnden Berechtigung[2]). Er kann dem Inhaber alle Einwendungen aus der Person des Eigentümers (der Übernehmerin) entgegenhalten, also auch die aus § 253 III. Es ist dabei gleichgültig, ob der legitimierte Dritte gutgläubig ist, also von der Absicht der Übernehmerin, ein Stimmverbot zu umgehen, keine Kenntnis hatte, er kann das Stimmrecht nur soweit ausüben, als es dem Aktieneigentümer zusteht[3]). Demnach ist diese Form der Legitimationsübertragung unpraktisch,

---

[1]) Es ist im Folgenden nur von Inhaberaktien die Rede. Für Namenaktien gilt, die Eintragung in das Aktienbuch vorausgesetzt, genau dasselbe.

[2]) BGB. § 793 I. Allerdings stellt das BGB. diesen Satz nur für die Inhaberschuldpapiere auf, indessen sind nach herrschender Ansicht (Staub, Anm. 16, § 223) die Vorschriften des BGB. 793 ff. auf Inhabermitgliedpapiere entsprechend anzuwenden.

[3]) Staub, Anm. 19, § 223.

es muß zu einem anderen Weg geschritten werden, der vollen Eigentumsübertragung. Die Übernehmerin überträgt einem Dritten die Aktien, für welche sie das Stimmrecht nicht ausüben darf, zu Eigentum, indem sie diesen verpflichtet, im eigenen Namen für Rechnung der Übernehmerin das Stimmrecht auszuüben, sog. fiduciarische Eigentumsübertragung. Jetzt ist der Dritte nicht bloß als Berechtigter legitimiert, sondern wirklicher Berechtigter, infolgedessen sind gegen ihn keine Einreden aus der Person des Rechtsvorgängers (der Übernehmerin) möglich. Nur auf diesem Wege kann die Übernehmerin die Fusion durchführen. Derselbe ist unbedenklich als zulässig zu erachten [1]). Der Dritte (der Fiduciar) ist zweifellos Eigentümer geworden, die Rechtsübertragung ist ernst gemeint, so daß keine Simulation vorliegt. Der Fiduciar ist nicht bloß „nach außen" Eigentümer, sondern auch „nach innen". Man ist entweder Eigentümer oder überhaupt nicht. Es ist nicht angängig, einen doppelten Vermögensbegriff zu konstruieren, indem man sagt: Die fiduciarisch übertragene Sache gehöre „nach außen" zum Vermögen des Fiduciars, aber nicht „nach innen", daher habe der Fiduciant z. B. das Aussonderungsrecht im Konkurse des Fiduciars oder die Widerspruchsklage des § 771 CPO. bei einer gegen den Fiduciar gerichteten Zwangsvollstreckung [2]).

[1]) Vgl. über die Legitimationsübertragung Staub, Anm. 16 bis 21, § 222; Anm. 17—20, § 223.

[2]) Sohm, Widerspruchsklage S. 115. Derselbe Fall wie hier ist das Vollindossament mit Einkassierungsauftrag, sog. verstecktes Prokuraindossement. Vgl. hierüber Lehmann, HR., S. 648 ff.

Die fiduciarische Übertragung der Aktien wird allerdings praktisch den Nachteil haben, daß sie sehr kostspielig ist, weil die Übernehmerin unter Umständen den ganzen Aktienbestand an den Dritten übertragen muß, um die $^3/_4$ Mehrheit zu erreichen[1]).

Der Dritte, an den die Aktien fiduciarisch übertragen werden, kann auch der Vorstand der Übernehmerin sein. Dies wird in der Praxis die Regel sein, denn die Übertragung zu treuen Händen setzt wegen der großen damit verbundenen Gefahr ein hohes Maß von Vertrauen zu der Persönlichkeit des Fiduciars voraus, und diese Voraussetzung ist am ehesten beim Vorstand vorhanden. Soweit der Vorstand im eigenen Namen für seine eigenen Aktien für die Fusion stimmt, ist er nicht gesetzlicher Vertreter der AG., sondern Dritter; § 252 III greift in diesem Falle nicht durch, die Beschlußfassung betrifft nicht die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Aktionär und der Gesellschaft, denn Gegenkontrahent des Fusionsvertrags ist nicht der Vorstand persönlich, sondern die von ihm vertretene AG. (§ 164 BGB.)[2]).

Zusatz II.

Die Anfechtbarkeit des Fusionsvertrags und der vollzogenen Fusion.

Der obligatorische auf Vermögensübernahme gerichtete Fusionsvertrag ist nach allgemeinen Grundsätzen anfechtbar (§ 119 ff. BGB.). Unter demselben

[1]) v. Ziegler, S. 70.

[2]) v. Ziegler, S. 70.

ist natürlich nur der bindende Vertrag zu verstehen. Bindend ist er geworden bei Vorhandensein des Zustimmungsbeschlusses der Übertragerin, des (eintragungsbedürftigen) Erhöhungsbeschlusses der Übernehmerin und gerichtlicher oder notarieller Beurkundung (s. o.)[1]). Ficht die Übertragerin ihren Zustimmungsbeschluß wegen Irrtums etc. an, so ist der Fusionsvertrag nichtig und damit auch das rechtsverbindlich abgegebene Einlageversprechen. Dagegen kann die infolge des Zustimmungs(Übertragungs)-Beschlusses eingetretene Auflösung nicht wieder rückgängig gemacht werden. Die Übertragerin muß in einer neuen Generalversammlung die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen (§ 307). Ficht die Übernehmerin den Erhöhungsbeschluß an, so wird damit ihre Verpflichtung zur Gewährung von Aktien hinfällig.

Die vollzogene Fusion ist dagegen grundsätzlich nicht anfechtbar. Vollzogen ist die Fusion, wenn das Vermögen der Übertragerin auf die Übernehmerin übergegangen ist und die Aktionäre der ersteren Mitglieder der letzteren geworden sind, das ist geschehen mit der Eintragung der erfolgten Erhöhung (s. o.). Würde

[1]) Solange ein bindender Vertrag mangels einer dieser Voraussetzungen nicht vorliegt, ist eine Anfechtung nicht nötig. Jeder Teil hat freies Rücktrittsrecht. Nicht zu verwechseln mit der Anfechtung des Fusionsvertrages ist die Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse wegen Verlegung des Gesetzes § 271 ff, 308, z. B. weil die Übernehmerin für die ihr gehörigen Aktien der Übertragerin zwecks Erreichung der Fusion das Stimmrecht ausgeübt hat.

man jetzt noch eine Anfechtung zulassen, so würde das eine Aufhebung der Mitgliedschaft und damit eine Rückzahlung der Einlagen bedeuten. Die vom Gesetz im Interesse der Allgemeinheit zur Erhaltung des Grundkapitals geschaffenen Garantien würden durch die Anfechtung der Beitrittserklärung illusorisch gemacht. Die Beitrittserklärung hat nicht bloß innere Bedeutung unter den Mitgliedern der Gesellschaft, sondern ist dazu bestimmt, einer unbegrenzten Anzahl Dritter das Vorhandensein des erklärten Verhältnisses kund zu geben und auf deren Entschließung einzuwirken. Diesem Interesse der Allgemeinheit muß aber das Interesse des einzelnen nachstehen. Aus diesem Grunde können die Anfechtungsgründe des BGB. keine Anwendung finden[1]), weder für die Übertragerin noch für die Übernehmerin (A. A. hinsichtlich der Übernehmerin Staub, Anm. 20 § 186).

Während im Fall der Fusion mit Kapitalserhöhung der Übernehmerin die Anfechtung der vollzogenen Fusion nicht möglich ist, ist eine solche Anfechtung möglich im Falle der Fusion ohne Kapitalserhöhung mittels eigener Aktien. Nach der neuesten Ansicht des Reichsgerichts[2]) finden bei der Emission eigener Aktien die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Anfechtung Anwendung. Es hat damit seine

---

[1]) Vgl. Staub, Anm. 25, § 189 und die daselbst verzeichneten reichen Angaben aus Literatur und Praxis.

[2]) Vgl. das in den „Leipziger Neuesten Nachrichten“ Nr. 185 (1909) abgedruckte Erkenntnis der RG.

frühere Ansicht aufgegeben, welche die Anfechtbarkeit auch in diesem Falle verneinte[1]).

Nach der jetzigen Ansicht muß der Beitritt im Falle der Gründung oder Grundkapitalserhöhung geschieden werden von dem Beitritt in anderen Fällen, also namentlich durch Kauf von Aktien. „Sei die AG. mit ihrem ursprünglichen oder erhöhten Grundkapital ins Leben getreten, so verbiete zwar auch jetzt das Gesetz, daß durch Vereinbarungen zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern über Rückzahlung der geleisteten Einlagen oder über den Bezug von Zinsen in bestimmter Höhe das Grundkapital nachträglich seinem Zweck entfremdet werde (§§ 213, 215). Dagegen könne das Gesetz nicht dafür Vorsorge treffen, daß die AG. bei ihrer Betätigung im Verkehrsleben vor einer Einbuße am Grundkapital bewahrt bleibe. Sie müsse im Rechtsverkehr ebenso behandelt werden, wie jedes andere Rechtssubjekt. . . . . Trete sie mit ihren eigenen Aktionären in rechtsgeschäftlichen Verkehr, so sei sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten ihnen gegenüber gradeso verpflichtet, wie jedem Dritten gegenüber. Der Gesellschaft trete der Aktionär als Gläubiger gegenüber, die Gesellschaft könne seine Eigenschaft als Gläuber nicht dadurch beseitigen, daß sie geltend mache, er sei zugleich ihr Gesellschafter, oder daß die Ansprüche in ihrer Rückwirkung einer

[1]) Dagegen hält das Reichsgericht auch in der neuesten Entscheidung in den Fällen der Gründung oder Kapitalserhöhung den bisherigen Standpunkt der Unanfechtbarkeit der Beitrittserklärung aufrecht.

völligen oder teilweisen Rückzahlung der Einlagen gleichkommen."

V. Empfehlenswerte Reihenfolge der einzelnen Rechtshandlungen.

Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Die Fusion erfolgt, ohne daß die Übernehmerin ihr Grundkapital erhöht gegen Gewährung von eigenen Aktien der Übernehmerin. Die Vorstände beider Gesellschaften schließen den Veräußerungsvertrag mit gerichtlicher oder notarieller Beurkundung, dem die Generalversammlung der Übertragerin ihre Genehmigung erteilt. In diesem Augenblick ist der Fusionsvertrag perfekt. Eine Zustimmung der Generalversammlung der Übernehmerin ist nur erforderlich in den Fällen, wo auf ihrer Seite durch die Fusion eine Änderung des Gegenstandes des Unternehmens bewirkt wird (275 II, $^3/_4$ Majorität) oder der Gesellschaftsvertrag oder das Interesse der Gesellschaft eine Einberufung der Generalversammlung erfordert (s. o., § 253 II).

b) Die Fusion geschieht unter Erhöhung des Grundkapitals der Übernehmerin. Die Vorstände schließen rechtlich unverbindlich den Veräußerungsvertrag, ohne ihn beurkunden zu lassen, um nutzlose Kosten im Falle etwaiger Nichtzustimmung der Generalversammlungen zu vermeiden. Jetzt faßt die Generalversammlung der Übernehmerin den Erhöhungsbeschluß und läßt ihn eintragen (§ 277 III). Hierauf erfolgt die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Vertrags, hiermit ist

die Verpflichtung zur Gewährung von Aktien begründet. Alsdann faßt die Übertragerin den Zustimmungsbeschluß (Übertragungsbeschluß), der Vertrag ist geschlossen, das Grundkapital der Übernehmerin ist tatsächlich erhöht (s. o.). Der Vorstand der Übertragerin meldet die (erfolgte) Auflösung zur Eintragung ins Handelsregister an; es erfolgt die Ausführung der Liquidation, Aufforderung der Gläubiger, Sperrjahr, Ausantwortung des Vermögens und als Schlußpunkt die Eintragung der erfolgten Erhöhung.[1])

Würde zuerst der Übertragungsbeschluß gefaßt werden und wird dann der Erhöhungsbeschluß abgelehnt, so wäre die Übertragerin aufgelöst und müßte auf dem immerhin umständlichen Wege des § 307 die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen. Wenn daher der Übertragungsbeschluß zuerst gefaßt werden soll, so muß derselbe zwecks Vermeidung vorzeitiger Auflösung als ein durch die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses aufschiebend bedingter gefaßt werden, dann tritt die Auflösung erst mit der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses ein. Mit der Beurkundung des Vertrags bis über den Übertragungsbeschluß hinaus zu warten, hätte den Nachteil, daß die Übernehmerin trotz des schon gefaßten und eingetragenen Erhöhungsbeschlusses noch zurücktreten könnte, da erst mit der Beurkundung des Vertrags eine bindende Verpflichtung zur Gewährung von Aktien begründet ist[2]). Mit der Eintragung der erfolgten Erhöhung bis zur Ausantwortung des Vermögens zu

[1]) Zust. v. Ziegler, S. 66.

[2]) v. Ziegler, S. 68.

warten, hat den Vorteil, daß erst jetzt die Aktionäre der Übertragerin Mitglieder der Übernehmerin werden. Es würde nicht dem Interesse der Übernehmerin entsprechen, daß die Aktionäre der Übertragerin vor der Ausantwortung des Vermögens alle Mitgliedsrechte der Aktionäre der Übernehmerin, also auch das Stimmrecht ausüben können.

Vor der Eintragung der erfolgten Erhöhung haben die Aktionäre der Übertragerin [1]) die Pflicht und das Recht, durch Eintragung der erfolgten Erhöhung Mitglieder der Übernehmerin zu werden [2]). Können sie die Eintragung der erfolgten Erhöhung schon vor der Erfüllung des Fusionsvertrags, der Ausantwortung des Vermögens, verlangen mit Rücksicht darauf, daß das Grundkapital schon tatsächlich erhöht sei (§ 305 II, 284 II Ziff. 2)? M. E. wird ihnen die Übernehmerin bis zur Erfüllung des Vertrages eine exceptio non adimpleti contractus entgegenhalten können.

§ 5.

Die Ausführung der Liquidation.

Mit der Fassung des Beschlusses der Generalversammlung, das gesamte Vermögen zu übertragen, tritt die Auflösung der Gesellschaft ein. Während bei physischen Personen die vermögensrechtliche Persönlichkeit durch Veräußerung des gesamten Vermögens nicht berührt wird, dieselbe vielmehr fortbesteht und

[1]) Infolge der Perfektion des Fusionsvertrages.

[2]) v. Ziegler, S. 66.

neues Vermögen erwerben kann, ist bei der AG. „das lebende Subjekt derartig mit dem Vermögen im Ganzen verknüpft, daß eine Trennung des letzteren vom ersteren mit Notwendigkeit den Tod der Person zur Folge hat“ [1]). Durch den Veräußerungbeschluß wird den Gläubigern der Übertragerin der Vermögensstock, der zu ihrer Befriedigung dienen soll, entzogen. Es ist daher notwendig, daß dieser Vereinigungsfonds, weil nur er den Gläubigern haftet und eine unmittelbare Haftung der Aktionäre nicht besteht, nicht aus dem Rechtsbereich verschwindet, ohne daß vorher die Gesellschaftsschulden getilgt oder sichergestellt sind. Dieser Befriedigung der Gläubiger dient die als gesetzlich notwendige Folge der Auflösung eintretende Liquidation.

Es ist nicht zu verkennen, daß der Eintritt in Liquidation an sich mit dem Wesen der Fusion in Widerspruch steht. Der Zweck der Liquidation besteht in der Befriedigung der Gläubiger, Abwickelung der laufenden Geschäfte, Einziehung der Forderungen, Realisierung des Gesellschaftsvermögens und Ausantwortung eines etwaigen Erlösüberschusses an die Mitglieder der aufgelösten Gesellschaft. Das Wesen der Liquidation ist also nicht Betriebsfortsetzung sondern Betriebsauflösung, sie wirkt nicht Werte erhaltend, sondern Werte zerstörend, sie setzt an Stelle des Gebrauchswerts den Verkaufswert, man denke z. B. an den Fall, daß wertvolle eingebaute Maschinen, die für ein bestimmtes Unternehmen konstruiert sind, bei dessen Liquidation nur zu ihrem

[1]) Gareis, Kommentar, Anm. 3, § 303.

Metallwert, als „altes Eisen“, verkäuflich sind[1]). Der Zweck der Fusion geht aber dahin, ein in Betrieb befindliches organisiertes Unternehmen ohne Zerstörung desselben in seiner Totalität auf eine andere AG. zu übertragen, so daß es weiter ungehemmt und produktiv wirken kann. Diesen Gegensatz zwischen Liquidationszweck und Fusionszweck erkennt auch die Denkschrift[2]) an, wenn sie sagt: „Die Fortsetzung des Unternehmens darf der Gesellschaft auch nach Auflösung nicht unmöglich gemacht werden; vielmehr ist den Liquidatoren in einem solchen Fall die Befugnis zu allen Geschäften einzuräumen, welche der Betrieb mit sich bringt.“ Das Gesetz drückt dies dadurch aus (§ 303 III), daß „die Liquidatoren zu allen Rechtshandlungen befugt sind, welche die Ausführung der beschlossenenMaßregel mit sich bringt“. Die Rechtsstellung der Liquidatoren ist hierdurch erweitert[3]). Sie haben außer der bloßen Liquidationsvertretungsmacht, die zur Durchführung der Liquidation im allgemeinen erforderlich ist, noch die erweiterten Befugnisse, die sich aus dem Zwecke der Fusion ergeben. Infolge der allgemeinen Liquidationsvertretungsmacht haben sie insbesondere die Gläubigerschutzvorschriften zu beachten (§§ 297, 301): Dreimaliges Aufgebot derselben, Ablauf des Sperrjahres, Befriedigung der Gläubiger, Hinterlegung oder Sicherstellung. Entgegen der Vorschrift des § 301 darf auch die Ausantwortung des Vermögens an die Über-

[1]) Müller-Erzbach, S. 363.

[2]) Cit. bei Geyer, S. 18.

[3]) Staub, Anm. 12, § 305.

nehmerin erst nach Erledigung der Gläubigerschutzmaßregeln, insbesondere erst nach Ablauf des Sperrjahrs erfolgen, eine große Erschwerung der Fusion, aber notwendig im Interesse der Gläubiger der Übertragerin, denn diese sind insofern gefährdet, als das Gesellschaftsvermögen ja nicht versilbert, sondern der Übernehmerin inferiert werden soll[1]), so daß es an jedem Objekte für eine nach Auflösung der Gesellschaft zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger vorzunehmenden Vermögensliquidation fehlen würde. Hier verlangen die Gläubiger mit Recht, daß sie aus dem Vermögen der Übertragerin befriedigt werden, bevor dasselbe auf die neue Gesellschaft übertragen wird. Sie verlieren durch den Untergang der Übertragerin ihren alten Schuldner und sind nicht verpflichtet, einen neuen Schuldner dafür einzutauschen, solange sie nicht befriedigt sind. In der Übernahme der Schulden seitens der Übernehmerin wird nur selten eine genügende Sicherheit zu erblicken sein, da sie mit den Gläubigern der Übernehmerin konkurrieren müssen, deren Ansprüche u. U. den ganzen Bestand des Vermögens erreichen oder übersteigen können, so daß die persönliche Haftung der Übernehmerin dadurch praktisch illusorisch wird[2]). Infolge der allgemeinen Liquidationsvertretungsmacht haben die Liquidatoren ferner, für den Fall, daß die Fusion nicht zustande kommt und eine Fortsetzung nach § 307 nicht beschlossen wird, die Liquidation nach allgemeinen Grundsätzen zu beendigen. Sind

[1]) Lehmann II, S. 531.

[2]) Lehmann a. a. O.

von der Veräußerung einzelne Gegenstände ausgenommen, so sind diese nach allgemeinen Regeln zu versilbern und der Erlös zu verteilen.

Die erweiterten Befugnisse der Liquidatoren bestehen in der Fortsetzung des Betriebes. Es ist jedoch zu beachten, daß die Fortsetzung des Betriebes immer nur eine dem Liquidationszweck untergeordnete sein kann. Die Bilanzen sind nach den Grundsätzen für liquidierende, nicht für bestehende Gesellschaften aufzustellen. § 299 ist durch § 303 nicht ausgeschlossen, gilt also auch für die Fusion[1]). Geschäfte, die Risiko mit sich bringen, dürfen nicht vorgenommen werden, die Liquidatoren würden sich in dem Falle verantwortlich machen (§§ 298, 241)[2]).

Es wurde bereits bemerkt, daß das Gesellschaftsvermögen nicht vor Erledigung der Gläubigerschutzmaßregeln, insbesondere vor Ablauf des Sperrjahres übertragen werden darf. Es liegt jedoch im Interesse der Übernehmerin, schon vor Ablauf dieser Zeit entscheidenden Einfluß auf die Leitung des Unternehmens zu gewinnen. Zu diesem Zwecke kann sie auf verschiedene Weise vorgehen[3]).

Erster Fall: Die Übernehmerin bedingt sich in dem Vertrage das Recht aus, den Liquidatoren unmittelbar Instruktionen über die Art und Weise des Betriebes erteilen zu dürfen, welche dieselben solange

---

[1]) Vgl. im Einzelnen v. Ziegler, S. 148.

[2]) Zustimmend Pinner, Anm. III 2b, § 303.

[3]) Vgl. zum Folgenden: Wiener, S. 358 ff.; Loewenfeld, S. 7 ff.

zu befolgen haben, als ihnen nicht von der Übertragerin entgegenstehende Aufträge erteilt werden. Diese Art der Regelung ist gesetzlich unbedenklich. Vertretung der Gesellschaft und Betrieb des Unternehmens liegen in einer Hand, nämlich der Liquidatoren der Übertragerin, welche die Gläubiger namens der Übertragerin [1]) befriedigen. Kontrahieren die Liquidatoren zum Zwecke der Fortsetzung des Betriebes neue Schulden, so wird daraus allein die Übertragerin verpflichtet.

Zweiter Fall: Die Liquidatoren überlassen der Übernehmerin den Betrieb nebst dem übrigen Vermögen pachtweise und wachen darüber, daß die Übernehmerin den Betrieb unter Einhaltung der Vertragsgrenzen also insbesondere im Liquidationsrahmen weiterführt und das Eigentum der Übertragerin an ihrem Vermögen gewahrt bleibt. Die Vertretung der Übertragerin verbleibt bei deren Liquidatoren. Die Vertretung der Gesellschaft und die Betriebsleitung fallen also auseinander. Diesen Fall hat die Denkschrift [2]) im Auge: „Andrerseits schließt der Entwurf nicht aus, daß die Geschäftsleitung schon während des Liquidationsstadiums in

---

[1]) aber für Rechnung der Übernehmerin. Soweit die flüssigen Mittel der Übertragerin nicht ausreichen, muß die Übernehmerin die erforderlichen Beträge verschaffen, da sie sich sonst der Gefahr aussetzt, daß die Gläubiger auf Versilberung des Vermögens und des Betriebes dringen. Die während der Liquidation erzielten Gewinne fallen natürlich nicht an die Aktionäre der Übertragerin, sondern werden den Aktivis der Übertragerin zugeschrieben.

[2]) Cit. b. Makower, Anm. III d 2, § 303.

weiteren oder engeren Grenzen dem Übernehmer selbst überlassen wird, wobei die Aufgabe der Liquidatoren der Hauptsache nach nur darin bestehen wird, darüber zu wachen, daß die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Anlagen und Gegenstände von dem Vermögen des Übernehmers getrennt bleiben und dem Liquidationszweck nicht entfremdet werden.“ Die Übernehmerin betreibt während der Dauer der Verpachtung das Unternehmen auf eigene Rechnung und im eigenen Namen. Trotzdem ist ihr der Betrieb, das Unternehmen, nicht „übertragen“, ebensowenig wie ihr die sonstigen Gegenstände „übertragen“ sind, sondern nur „überlassen“. Der Betrieb, das Persönlichkeitsrecht gerichtet auf Betätigung der Individualität der Übertragerin (s. o. § 3), ist verpachtet, nicht veräußert. An sich könnte mit dem Unternehmen auch die Firma an die Übernehmerin verpachtet [1]) werden. Man wird aber mit Staub [2]) annehmen, daß bei der auf Grund eines Pachtvertrages erfolgenden Fortführung der Firma seitens der Übernehmerin die Gefahr besteht, daß die Schuldner der Übertragerin direkt an die Übernehmerin zahlen, denn durch die Ingebrauchnahme der Firma gelten die Forderungen den Schuldnern gegenüber als auf die Übernehmerin übergegangen

[1]) Makower a. a. O. ist der Ansicht, daß die auf Grund eines Pachtvertrages erfolgende Fortführung der Firma eine „Übertragung“ der Firma sei. Diese Ansicht ist irrig, die Firma wird nur verpachtet.

[2]) Anm. 13, § 303.

(§ 25 I)[1]). Hierdurch würde aber den Gläubigern der Übertragerin die Mittel zu ihrer Befriedigung entzogen werden. Als zulässig wird aber zu erachten sein, daß die Übernehmerin während der Pachtzeit die Unternehmungskennzeichen wie Etablissementsname etc. benutzt, da hierdurch keine Fiktion des Forderungsübergangs bewirkt wird.

Dritter Fall: Die Übertragerin macht die Übernehmerin direkt zum Liquidator oder überträgt ihr die Bestellung der Liquidatoren als vertragsmäßiges festes Recht. Diese Gestaltung würde für die Übernehmerin die zweckmäßigste sein, sie wäre gesichert gegen vertragswidrige Verfügungen der Übertragerin über das Gesellschaftsvermögen. Die gesetzliche Liquidatorenverantwortlichkeit würde auf denjenigen ruhen, welche tatsächlich das Unternehmen unter sich haben. Die Liquidatoren sind zwar nominell Liquidatoren der Übertragerin, sie handeln in deren Namen, aber sie stehen nicht zu dieser, sondern lediglich zu der Übernehmerin in einem Verhältnis. Natürlich liegen auch in diesem Fall die gesetzlichen Liquidatorenverpflichtungen (§ 294 ff.) der Übernehmerin oder den von ihr bestellten Liquidatoren ob, aber abgesehen hiervon sind die Liquidatoren der Übertragerin nicht verantwortlich, sondern nur der Übernehmerin.

---

[1]) Makower Anm. III d 2, § 303, macht den Vorschlag, bei Übernahme der Firma das Geschäft durch die bisherige Gesellschaft fortführen zu lassen, bei Nichtübernahme der Firma jedoch das Geschäft der Übernehmerin für die Dauer der Sperrzeit zu verpachten.

Eine solche Kombination ist gesetzlich unzulässig, nicht aus dem Gesichtspunkt einer Interessenkollision, denn die Geschäfte, welche die Liquidatoren mit der Übernehmerin abzuschließen haben, bestehen lediglich in der Erfüllung der Verbindlichkeiten des Fusionsvertrages, der Übertragung des Vermögens an diese, § 181 BGB. steht also nicht entgegen [1]), sondern weil eine solche Kombination eine völlige Zerstörung der gesetzlichen Organisation bedeuten würde, wie sie die Übertragerin haben muß [2]). Es ist zwingendes Recht, daß die AG. einen Vorstand haben muß, der nach innen unbedingt den Beschlüssen der Generalversammlung unterworfen ist. Was für die bestehende AG. gilt, muß ebenso für die AG. in Liquidation gelten, da sie die bisherige Organisation beibehält, an Stelle des Vorstandes treten die Liquidatoren (§ 298). Zwar besitzt auch in unserem Fall die Übertragerin ihre Liquidatoren als das nach außen mit der vollständigen und ausschließlichen Vertretungsbefugnis versehene Organ, aber nach innen ist jede Verbindung der Übertragerin gegenüber gelöst. Die Generalversammlung ist nicht in der Lage, den Liquidatoren bindende Anweisungen zu geben, dies kann nur die Übernehmerin, welcher das Amt des Liquidators resp. die Bestellung der Liquidatoren als festes Recht übertragen ist. Es fehlt der Übertragerin also an einem Organ, welches von der Generalversammlung abhängig ist und ihr gegen-

[1]) Infolgedessen erklärt v. Ziegler, S. 147, diese Gestaltung für gesetzlich zulässig.

[2]) Dies übersieht v. Ziegler.

über verpflichtet ist, die Interessen derselben zur alleinigen Norm ihres Handelns zu machen. Aus diesem Grunde entbehrt die Übertragerin der zur Wesenheit einer AG. erforderlichen Organisation. „Dies ist ebenso unzulässig, wie es rechtswidrig und unverbindlich wäre, wenn eine physische handlungsfähige Person sich vertragsmäßig unter die Vormundschaft eines Anderen stellen wollte“ [1]).

Will man trotzdem die Übernehmerin zum Liquidator machen, so kann dies nur mittels widerruflichen Ernennungsauftrags geschehen, dann würde die oben geschilderte ungesetzliche Unabhängigkeit der Liquidatoren von der Generalversammlung der Übertragerin nicht eintreten [2]). Durch diese nicht zu beseitigende Widerruflichkeit erscheint die dauernde Durchführbarkeit der Überlassung des Amtes des Liquidators an die Übernehmerin in Frage gestellt. Dies würde in der Tat der Fall sein, wenn „widerruflich“ soviel hieße wie „beliebig widerruflich“. Es fragt sich daher, ob nicht der beliebige Widerruf im Fusionsvertrage ausgeschlossen werden kann. Dies ist zu bejahen. Die Übertragerin kann sich der Übernehmerin gegenüber gültig verpflichten, den Widerruf nur dann auszuüben, wenn ihre, der Übertragerin, Interessen verletzt werden [3]). Zweifelhaft wird es manchmal sein, wann die Interessen

[1]) RG. 3, S. 122.

[2]) Zustimmend RG. 56, S. 295; dagegen ist Cosack (615) der Ansicht, daß die Berichtigung der Vereinsschulden nie der Übernehmerin überlassen werden kann.

[3]) Wiener, S. 364.

der Übertragerin als verletzt anzusehen sind. Vielfach werden die Ansichten der Beteiligten darüber auseinandergehen. Staub[1]) schlägt daher als beste Lösung vor, als Liquidatoren solche Personen zu bestellen, welche Vertrauensleute beider Kontrahenten sind.

Was den Umtausch der Aktien betrifft, § 305 III, so finden dieselben Vorschriften Anwendung wie bei der Herabsetzung des Grundkapitals zur Durchführung des daselbst vorgeschriebenen Zwangsverfahrens, falls nicht alle Aktien der Übertragerin eingereicht werden, oder zwar eingereicht nicht die zum Ersatze durch neue Aktien erforderliche Zahl erreichen (§ 290). Zu dem Zwangsverfahren kann sowohl die Übertragerin wie die Übernehmerin befugt sein. Es kommt auf den Inhalt des Veräußerungsvertrags an.

Es kann vorkommen, daß während der Liquidation eine Wertsteigerung oder eine Wertminderung der Aktiva der Übertragerin stattfindet. In diesem Falle nimmt Rehm[2]), (ihm folgt Staub)[3]), eine Barausgleichungspflicht an. Dieses dürfte jedoch zweifelhaft sein[4]).

Wie schon früher bemerkt, sind die beiden Gesellschaften verschmolzen, wenn das ganze Vermögen der Übertragerin Vermögen der Übernehmerin geworden ist und die Aktionäre der ersteren solche der letzteren geworden sind. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Übertragerin partei- und prozeßfähig[5]).

---

[1]) Anm. 14, § 303.

[2]) Archiv für bürgerl. Recht 22, S. 119 ff.

[3]) Anm. 21 zu § 186.

[4]) Lehmann, HR., S. 393, Anm. 1.

[5]) Staub, Anm. 24, § 305.

§ 6.

Die Fusion ohne Liquidation insbesondere. § 306.

Alle die im vorigen Paragraphen bei der Fusion mit Liquidation entstehenden Schwierigkeiten schwinden, wenn man den Wegfall der Liquidation vereinbart § 306. Das Mittel der Erleichterung besteht in der Anwendung des Prinzips der Universalsuccession. Das Handelsrecht ist in dieser Hinsicht weiter vorgeschritten als das bürgerliche Recht, welches die Universalsuccession nur im Erbrecht zur Anwendung bringt[1]). Das Wesen der Universalsuccession besteht darin, daß das Vermögen einer natürlichen oder juristischen Person uno actu kraft personenrechtlichen Tatbestandes, nämlich des Unterganges der Persönlichkeit, übergeht, ohne daß es der Voraussetzungen bedarf, welche sonst das Vermögensrecht für den Sondererwerb der einzelnen Gegenstände fordert[2]). Es bedarf keiner Auflassung bei Grundstücken, ja es darf überhaupt keine Auflassung erfolgen, also auch kein rechtswirksamer Auflassungsantrag gestellt werden[3]); das Grundbuch wird ipso jure unrichtig und muß berichtigt werden, es bedarf keiner

[1]) Keine Universalsuccession entsteht kraft gütergemeinschaftlicher Ehe (§ 1438 BGB.), kraft Eintritts in eine Gesellschaft, kraft Erwerbes der Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft, kraft Unterganges einer juristischen Person des bürgerlichen Rechts. In diesen Fällen tritt nur eine Gesamt**rechts**nachfolge in sämtliche Gegenstände ein, es findet keine Gesamtnachfolge in die Schulden, in den Besitz statt, wie bei der Universalsuccession. Sohm I, S. 39 ff.

[2]) Sohm a. a. O.

[3]) v. Ziegler, S. 140, Anm. 70.

Übergabe bei Mobilien, keiner Abtretung der Forderungen, keiner Indossierung bei Wechseln[1]) usw. Sämtliche zum Vermögen gehörende Rechte, mögen sie bekannt sein oder nicht, gehen „mit einem Schlage“ über. Aber die Universalsuccesion ist nicht bloße Gesamtrechtsnachfolge, nicht bloße Nachfolge in die Vermögensrechte, die Gegenstände, das Aktivvermögen, wie die anderen Fälle der Nachfolge in ein Vermögen[2]), die Universalsuccession ist noch mehr, sie wirkt auch Nachfolge in die Vermögensverhältnisse, die nicht Gegenstände sind, in die Schulden[3]), in den Besitz, d. h. die Besitzlage, die rechtliche Stellung eines Besitzers, überhaupt in alle von der Vererbung nicht ausgeschlossenen vermögensrechtlichen Beziehungen, mögen sie die Gestalt von fertigen Rechten oder Verbindlichkeiten haben oder nicht. Die Universalsuccession bedeutet Nachfolge in die Gesamtheit aller Vermögensverhältnisse, nicht bloß aller Vermögensrechte. Die Gesamtheit aller Vermögensverhältnisse bedeutet die vermögensrechtliche Persönlichkeit. Darum ist die Universalsuccession Persönlichkeitsnachfolge, successio in personam, Nachfolge in die vermögensrechtliche Persönlichkeit[4]). Durch diese Persönlichkeitsnachfolge wird jede Erschütterung der Vermögensverhältnisse vermieden. Der Erblasser,

---

[1]) Im Einzelnen v. Ziegler, S. 140 ff.

[2]) Vgl. die oben S. 87, Anm. 1 aufgezählten Fälle.

[3]) Die Vorschriften über Schuldübernahme, § 414 ff. BGB. finden keine Anwendung.

[4]) Vgl. zum Vorigen Sohm I, S. 40; Institutionen S. 647.

die untergegangene juristische Person, findet in ihrem Erben einen Nachfolger, der sie vertritt. Nicht bloß die Rechte, sondern die sämtlichen Vermögensverhältnisse leben fort, gehen über, nicht unter, trotz des Todes, des Erlöschens der Rechtspersönlichkeit ihres Trägers [1]). Dies drückt das Gesetz mit den Worten aus, daß mit der Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses der Übergang des „Vermögens der Gesellschaft einschließlich der Schulden" als erfolgt gilt (§ 304 V). Die Persönlichkeitsnachfolge bedeutet aber nicht Fortsetzung der Rechtssubjektivität, wie Pinner [2]) annimmt. Vermögensrechtliche Persönlichkeit in dem eben entwickelten Sinne und Rechtssubjektivität decken sich nicht. Die Universalsuccession bedeutet zwar Nachfolge in die vermögensrechtliche Persönlichkeit, d. h. in die Gesamtheit der Vermögensverhältnisse, aber nicht Nachfolge in die Rechtssubjektivität im juristisch-technischen Sinne, letztere geht vielmehr unter [3]), an ihre Stelle tritt ein anderes Rechtssubjekt, es liegt Wechsel der Partei vor. Daher werden

---

[1]) Sohm, Institut., S. 647.

[2]) Anm. III § 304; ebenso Makower, Anm. VII c. 3, § 306, im Anschluß an RG. 9, S. 18.

[3]) So mit Recht Lehmann in Z. 50, S. 40. Dadurch unterscheidet sich z. B. die Fusion ohne Liquidation von einer Umwandlung einer Genossenschaftsform in eine andere Genossenschaftsform. Hier bewirkt der Wechsel der Unternehmungsform keine Änderung der Rechtssubjektivität, das Unternehmen bewahrt rechtlich den gleichen Träger. Die alte Vereinigung besteht materiellrechtlich und prozessualisch fort.

schwebende Prozesse unterbrochen, § 239 CPO.[1]). Die Vorschriften der CPO. 239 ff. für den Fall der kraft Gesetzes eintretenden Unterbrechung des Verfahrens bei dem Tode einer Partei finden unmittelbar Anwendung. Allerdings steht Lehmann (Z. 50, S. 43) auf dem entgegengesetzten Standpunkt. Er läßt § 265 CPO. Anwendung finden, wonach die Veräußerung der in Streit befangenen Sache und die Abtretung des geltend gemachten Anspruchs, obwohl materiell-rechtlich voll wirksam, den Prozeß grundsätzlich nicht berührt. Die Rechtsnachfolge erzeugt keine Nachfolge in den Prozeß, die Parteirolle bleibt unverändert. Ein Wechsel der Partei findet nur statt bei Zustimmung des Gegners (§ 265 II). Folglich kann nach Lehmann die Übernehmerin auch nur mit Zustimmung des Gegners in die Parteirolle succedieren. Hiergegen ist einzuwenden, daß die Rechtsnachfolge des § 265 sich offenbar nur auf die Singularsuccession bezieht („veräußern", „abtreten"), nicht dagegen auf die Universalsuccession. Der Grundgedanke des § 265 CPO. ist, daß das durch die Klagerhebung begründete Prozeßrechtsverhältnis bis zu dessen Erledigung nicht durch einen Parteiwechsel erschüttert wird. Keine Partei kann daher einseitig durch Veräußerung der in Streit befangenen Sache oder Abtretung des geltend gemachten Anspruchs ihr Ausscheiden aus dem Prozesse herbeiführen. Sie bleibt Partei, trotzdem sie nicht mehr berechtigt ist, und sie kann Partei bleiben, weil ihre Rechtsfähigkeit, d. i. die

[1]) Vorausgesetzt, daß kein Prozeßbevollmächtiger vorhanden ist, § 246 CPO.

Parteifähigkeit (§ 50 CPO.) durch die Veräußerung nicht tangiert wird. Anders liegt dagegen der Fall, wenn durch die Veräußerung des gesamten Vermögens mit vereinbarter Universalsuccession die Parteifähigkeit (Rechtsfähigkeit) erlischt. Dann kann der Veräußernde gar nicht mehr Partei sein, es tritt kraft Rechtsnotwendigkeit ein Wechsel der Parteien ein ohne Rücksicht darauf, ob der Gegner zustimmt oder nicht. Der Fall der Rechtsnachfolge durch Singularsuccession, wo die Parteifähigkeit des Veräußernden bei Bestand bleibt (§ 265 CPO.), ist daher geschieden von dem Fall der Rechtsnachfolge durch Universalsuccession, wo die Parteifähigkeit untergeht (§ 239 ff. CPO.)[1]. Hinsichtlich der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für und gegen den Rechtsnachfolger gilt § 727 CPO. Die Voraussetzung der Fusion im Wege der Universalsuccession ist der Vertrag, durch den die Liquidation ausgeschlossen wird. Im Übrigen sind die Voraussetzungen der Fusion ohne Liquidation dieselben, wie bei der Fusion mit Liquidation (§ 306 I). Der Liquidationsausschließungsvertrag bedarf ebenfalls der in § 303 I vorgeschriebenen $^3/_4$ Majorität der Generalversammlung der Übertragerin (306 I, 304 II). Ein Generalversammlungsbeschluß der Übernehmerin ist nicht erforderlich, es genügt auf ihrer Seite die Ver-

[1]) Für die Anwendung des § 239 CPO. im Falle der Fusion mit Universalsuccession hat sich die herrschende Ansicht entschieden. Vgl. Staub, Anm. 13, § 306; Lehmann-Ring, Anm. 4, § 306; Makower, Anm. IV, d. 1, § 304; Heilfron, C. I, S. 540, Anm. 4; Sydow-Busch, Anm. 1, § 239; RG. 56, S. 332.

tretungsmacht des Vorstandes zum Abschlusse des Vertrags. Gerichtliche oder notarielle Beurkundung ist nicht nötig, jedoch folgt aus § 304 III (Anmeldung des Liquidationsausschließungsbeschlusses der Übertragerin zum Handelsregister) das Erfordernis der Schriftlichkeit [1]). Der Ausschließungsvertrag kann geschlossen werden gleichzeitig mit dem Veräußerungsvertrag als Bestandteil desselben, oder selbständig neben dem Veräußerungsvertrag, oder später als der Veräußerungsvertrag [2]), nachdem die Liquidation bereits infolge des bindenden Veräußerungsvertrags eingetreten ist. In letzterem Fall wird die weitere Liquidation eingestellt. Bindend wird der Ausschließungsvertrag erst mit seiner Eintragung bei dem Gericht, in dessen Bezirk sich der Sitz der Gesellschaft befindet (§ 304 IV). In den beiden Fällen, in denen der Ausschließungsvertrag gleichzeitig mit dem Veräußerungsvertrag als Bestandteil desselben oder selbständig neben dem Veräußerungsvertrag geschlossen wird, wird man als Absicht der Parteien unterstellen müssen, daß der Veräußerungsvertrag nicht eher als abgeschlossen gelten soll, bis auch der Liquidationsausschließungsvertrag bindend geworden ist, daß er also bis zur Eintragung des letzteren betagt ist [3]). Man würde sonst zu dem mißlichen Resultat gelangen, daß in der Zeit zwischen Über-

[1]) Makower, Anm. 2, § 304; Staub, Anm. 3, § 304.

[2]) Makower a. a. O.; das Wort „zugleich" in § 304 I bedeutet daher nicht „gleichzeitig" mit der Fusion, sondern „aus Anlaß" der Fusion. Rehm, S. 398. Im Text werden nur die beiden ersteren Fälle behandelt, der letzte bietet keine Schwierigkeiten.

[3]) Makower, Anm. II, § 304; ähnlich Staub, Anm. 6, § 304.

tragungsbeschluß, wodurch der Veräußerungsvertrag perfekt wird und an sich die Auflösung eintritt, und Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses Liquidation eintritt, die doch grade vermieden werden soll.

Streit herrscht, in welchem Zeitpunkt die Universalsuccession und damit die Fusion eingetreten ist.

Zwei Ansichten stehen sich gegenüber. Die eine sagt, die Universalsuccession ist eingetreten in dem Augenblick, wo das Grundkapital der Übernehmerin tatsächlich erhöht ist, also mit Abschluß des durch die Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses [1]) bindend gewordenen Veräußerungsvertrags. Diese Ansicht hat den Wortlaut des Gesetzes für sich, denn nach § 306 I, 304 V tritt die Universalsuccession bereits ein mit der Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses, in diesem Augenblick müßten denn auch die Aktionärrechte der bisherigen Aktionäre der Übertragerin in der übernehmenden Gesellschaft entstanden sein. Diese neuen Aktionärrechte können aber immer erst entstehen mit der Eintragung der erfolgten Erhöhung (§ 287), deshalb geht die zweite Ansicht dahin, die Universalsuccession auch erst in diesem Zeitpunkt eintreten zu lassen [2]). Dieser letzteren Ansicht dürfte der Vorzug zu geben sein. In § 304, dessen entsprechende Anwendung § 306 I vorschreibt, ist die Sachlage eine andere als in § 306. In § 304 ist eine Übertragung

[1]) So Lehmann in Z. 50, S. 41; II. 536 Anm. 1; Gareis Lehrb., S. 144.

[2]) Rehm, S. 398; Staub, Anm. 12, 13, § 306; v. Ziegler, S. 67; OLG. 11, S. 35.

des Gesellschaftsvermögens gegen Gewährung von Aktien wegen der Person des Übernehmers (Staat, Kommunalverband) ausgeschlossen, hier konnte man der Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses die Wirkung der Universalsuccession beilegen. Würde man dasselbe in § 306 tun, so käme man zu dem Resultat einer völligen Zerreißung der vermögensrechtlichen und der persönlich mitgliedschaftlichen Seite des Aktionärrechtes, das Vermögen der Übertragerin wäre übergegangen, die Firma erloschen und damit auch die Übertragerin als Rechtssubjekt untergegangen, sie besäße also auch keine Aktionäre mehr, die bisherigen Aktionäre der Übertragerin wären nirgends Aktionäre, da sie Mitglieder der Übernehmerin erst werden können mit der Eintragung der erfolgten Erhöhung. „Daß die Aktionäre ihre Aktionärseigenschaft verlieren, kann der Gesetzgeber doch erst wollen, wenn dieselben Aktionäre der anderen Gesellschaft geworden sind“ [1]), das ist geschehen mit der Eintragung der erfolgten Erhöhung. Daher kann der Zeitpunkt des Vermögensüberganges auch erst in diesem Moment eintreten. Die entsprechende Anwendung von § 304 V ist also durch einen anderen Rechtssatz gehemmt und insoweit außer Geltung gesetzt [2]).

Findet ein Liquidationsausschluß statt, ohne daß die Übernehmerin ihr Grundkapital erhöht, so steht der vollen Anwendung von § 304 V nichts im Wege [3]).

---

[1]) Rehm, S. 398.

[2]) v. Ziegler, S. 67.

[3]) Zustimmend v. Ziegler a. a. O.; a. A. Rehm, S. 398; Geyer, S. 30.

Was die Reihenfolge der einzelnen Rechtshandlungen betrifft, so ist dieselbe Anordnung, wie bei der Fusion mit Liquidation zu empfehlen (ob. S. 74). Also:

1. Die Vorstände schließen den Veräußerungsvertrag mit der Abmachung des Liquidationsausschlusses, ohne ihn beurkunden zu lassen.

2. Die Übernehmerin faßt den Erhöhungsbeschluß und läßt ihn eintragen.

3. Gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Vertrags.

4. Zustimmungsbeschluß der Übertragerin zum Veräußerungsvertrag (Übertragungsbeschluß) und zum Liquidationsausschließungsvertrag, Eintragung des letzteren. Damit ist der Veräußerungsvertrag perfekt.

5. Eintragung der vollzogenen Erhöhung. Die Universalsuccession und Schaffung der neuen Aktionärrechte sind gleichzeitig erfolgt[1]), die Firma der Übertragerin erlischt (304 V).

Der Anmeldung der erfolgten Erhöhung zum Handelsregister ist der von der Generalversammlung der Übertragerin genehmigte Veräußerungsvertrag in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen (§ 305 II), mithin auch die bereits erfolgte Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses, welche zur Perfektionierung des Veräußerungsvertrags erforderlich ist.

---

[1]) Zustimmend v. Ziegler, S. 68.

Wird der Fusionsbeschluß der Übertragerin angefochten, so ist die Anfechtungsklage, solange die vollzogene Erhöhung noch nicht eingetragen ist, gegen die Übertragerin zu richten, da diese bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht untergegangen ist, nach der Eintragung der vollzogenen Erhöhung gegen die Übernehmerin (§ 308)[1]).

Den Aktienaustausch können nur die Organe der Übernehmerin ausführen.

Da die Gläubiger die Fusion nicht hindern können, so besteht für sie die Gefahr der Benachteiligung, wenn etwa die Übertragerin oder die Übernehmerin überschuldet ist. Was die Gläubiger der Übernehmerin betrifft, so besteht für sie kein Bedürfnis zu einem Schutze; sie können nicht verhindern, daß ihr Schuldner von dem Recht auf freie Betätigung seiner Persönlichkeit Gebrauch macht und neue Schulden kontrahiert. Anders die Gläubiger der Übertragerin. Sie verlieren infolge der Fusion ihren alten Schuldner und sind nicht verpflichtet, dafür einen neuen einzutauschen. Zu ihrem Schutze fand daher in § 305 die Liquidation statt. Die Übertragerin blieb im Liquidationszustand als Eigentümerin ihres Vermögens bestehen, die Gläubiger wurden von ihr aufgeboten, die sich meldenden befriedigt, die unbekannten sichergestellt, bevor das Vermögen an die Übernehmerin ausgeantwortet werden durfte. Alles dies fällt bei der Fusion ohne Liquidation fort. Das Vermögen geht über ohne vorheriges Auf-

[1]) Vgl. im Einzelnen v. Ziegler, S. 178 f.

gebot, ohne vorherige Befriedigung oder Sicherstellung. Wie kann ihnen da geholfen werden? Es wäre unbillig, wenn sie bei der Fusion ohne Liquidation ungünstiger gestellt wären, als bei der Fusion mit Liquidation. Diesen Erwägungen folgend hat das Gesetz in § 306 II—VI eingehende Bestimmungen zu ihrem Schutze getroffen.

§ 7.

Gläubigerschutz.

Nach allgemeinen Grundsätzen fließt infolge der Universalsuccession das Vermögen der Übertragerin mit dem der Übernehmerin zu einer Einheit zusammen, confusio bonorum, so daß das Vermögen der ersteren für die Schulden der letzteren haftbar wird. Um den Gläubigern der Übertragerin ein die Gläubiger der Übernehmerin ausschließendes Recht auf Befriedigung aus dem übernommenen Vermögen zu gewähren, bedarf es positiver gesetzlicher Anordnung. In § 306 ist dies geschehen, indem Abs. IV bestimmt, „daß im Verhältnis der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gilt", d. h. das Vermögen der Übertragerin ist zwar Vermögen der Übernehmerin geworden[1]), aber zu Gunsten der Gläubiger der Übertragerin wird fingiert, daß es ein der Übernehmerin fremdes Vermögen ist. Das über-

[1]) Sie ist aktiv und passiv im Prozeß legitimiert.

nommene Vermögen gilt als in der Hand der Übertragerin befindliches Sondervermögen, als für sich verbleibende durch gemeinsame Zweckbeziehung und ausschließliche Haftung für die darauf ruhenden Schulden zusammengehaltene Einheit[1]). Diese Einheit wird aber fingiert nicht für alle Rechtsbeziehungen, sondern nur für bestimmte zu Gunsten der Gläubiger dieses Sondervermögens. Über diesen Zweck hinaus existiert sie nicht; die beiden in der Hand der Übernehmerin vereinigten Vermögensmässen, ihr Eigenvermögen und das übernommene Vermögen, treten sich nicht etwa als selbständige Rechtssubjekte gegenüber, zwischen welchen Rechtsgeschäfte zum Abschluß gebracht werden könnten[2]). Die Fiktion des § 306 IV geht nicht so weit, daß die Übertragerin in ihrer alten Organisation, mit ihren Organen und ihrer Firma fortbesteht. Nach außen treten vielmehr beide Vermögen unter einer Firma auf. Es gibt keine besonderen Vertreter des übernommenen Vermögens; die Verwaltung und Vertretung desselben liegt in der Hand der Organe der Übernehmerin. Zur Durchführung dieser rechtlichen nur in gewissen Beziehungen wirkenden Trennung muß die tatsächliche Trennung hinzukommen. Diese ist im Gegensatz zu der rechtlichen Trennung eine vollständige. Das Mittel der tatsächlichen Trennung besteht in der getrennten Verwaltung des übernommenen Vermögens (§ 306 II). In welcher Weise die getrennte Verwaltung durch-

[1]) Vgl. Biermann, S. 103.

[2]) Wiener, S. 392.

zuführen ist, bestimmt das Gesetz nicht. Man wird darunter alle die Maßnahmen zu verstehen haben, welche bewirken, daß das übernommene Vermögen sich als kohärente Masse durch deutliche Grenzen von dem Eigenvermögen der Übernehmerin abhebt [1]), also Führung eigener Bücher, Aufstellung einer eigenen Bilanz, einer eigenen Gewinn- und Verlustrechnung, einer eigenen Inventur, Vornahme auf dieses Vermögen ausgeschiedener Abschreibungen, Trennung des übernommenen Betriebs gegenüber dem bisherigen Betrieb usw. [2]). Das Vorhandensein getrennter Verwaltung wird nicht dadurch berührt, daß an den beiden Vermögensmassen, insbesondere an dem bei ihrer Verwaltung zu erzielenden Gewinn und zu erleidenden Verlust, die sämtlichen Aktionäre gleichmäßig und ohne Unterschied Beschließungsrechte ausüben, denn in Wirklichkeit gehören beide Vermögensmassen einem und demselben Eigentümer, der Übernehmerin [3]).

Die getrennte Verwaltung bedeutet nicht eine Verfügungsbeschränkung hinsichtlich der übernommenen Gegenstände. Vielmehr hat die Übernehmerin, soweit das Gesetz dies nicht verbietet, z. B. die Rückzahlung der Einlagen der Aktionäre, unbeschränktes und un-

---

[1]) Vgl. Wiener, S. 377.

[2]) Vgl. v. Ziegler, S. 176 ff. Insbesondere darf ein aus der Sonderbilanz des getrennt verwalteten Vermögens sich ergebender Überschuß nicht vor Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften unter die Aktionäre verteilt werden. Die getrennte Verwaltung wird ebenfalls von den Organen der Übernehmerin geführt.

[3]) RG. 9, S. 19.

beschränkbares Verfügungsrecht. Die Gläubiger der Übertragerin haben keinen Anspruch darauf, daß die Übernehmerin in ihnen günstiger Weise das übernommene Vermögen erhalte. Ebensowenig wie vor der Fusion die Gläubiger ein Recht hatten, zu verlangen, daß ihr Schuldner seine Erwerbstätigkeit in einer solchen Art und Weise ausübte, daß es ihnen möglich war, die Hand auf die Früchte dieser Tätigkeit zu legen, oder daß er eine ihnen günstige Erwerbstätigkeit fortsetzte, ebensowenig können sie es nach der Fusion verlangen[1]). Es würde der Übernehmerin unbenommen bleiben, aus dem getrennt verwalteten Vermögen Schenkungen zu machen, jedoch müßte der durch entgeltliche Verfügung erzielte Erlös wieder dem getrennt verwalteten Vermögen zugeführt werden, die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats der Übernehmerin haften hierfür als Gesamtschuldner (§ 306 VI). Werden bewegliche Sachen, die zu dem Sondervermögen gehören, mit den Grundstücken der Übernehmerin verbunden (§ 946 BGB.), so kann die Fiktion des § 306 IV nicht Platz greifen, d. h. zu Gunsten der Gläubiger der Übertragerin wird nicht fingiert, daß die zum wesentlichen Bestandteil gewordene Sache trotzdem noch zum Sondervermögen gehört, sie haben im Falle des Konkurses der Übernehmerin daran kein Aussonderungsrecht (s. u.). Bei Verbindung

[1]) Vgl. RG. 70, S. 230. Die gegenteilige Annahme würde zu einer Art moderner Schuldknechtschaft führen, die mit den heutigen Anschauungen über das Recht zur freien Betätigung der Persönlichkeit unvereinbar wäre.

und Vermischung im Sinne von §§ 947, 948 BGB. würden die Grundsätze vom Miteigentum Platz greifen. Die Gläubiger haben in diesen Fällen, wenn sie entgegen der Vorschrift des § 306 II vorgenommen werden, immer nur einen obligatorischen Anspruch gemäß § 306 VI gegen die verantwortlichen Organe der Übernehmerin, daneben haben sie den Anspruch aus § 951 BGB.[1]). Praktisch wird besonders § 950 BGB. werden, da die Übernehmerin infolge der Fortführung des übernommenen Betriebes die vorhandenen Waren der Übertragerin dazu benutzen wird, sie zu werterhöhenden neuen Sachen zu verarbeiten. An diesen würde die Übernehmerin nach § 950 Alleineigentum erwerben, auch wenn die Spezifikation nach den Regeln der getrennten Verwaltung ausgeführt wäre. Die Fiktion des § 306 IV könnte nicht Platz greifen, denn die von der Übernehmerin hergestellten neuen Sachen haben nie zum übernommenen Vermögen gehört, fingiert wird aber nur, daß das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gilt. Die Gläubiger der Übertragerin würden nicht einmal einen Schadensersatzanspruch nach § 306 VI haben, denn die Verarbeitung ist im Rahmen der getrennten Verwaltung erfolgt, es könnte auf diese Weise das ganze übernommene Vermögen verschwinden, ohne daß die Bestimmungen des § 306 II—VI, welche doch grade der Erhaltung desselben zu Gunsten der Gläubiger dienen wollen, einen Schutz dagegen gewähren. Man wird daher annehmen müssen, daß

[1]) v. Ziegler, S. 176.

auch hinsichtlich der verarbeiteten Gegenstände wie vorhin hinsichtlich der Stoffe die Fiktion des § 306 IV fortbesteht [1]).

Dem Gläubigerschutz dient auch § 306 III, wonach der bisherige Gerichtsstand der aufgelösten Gesellschaft bis zur Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften bestehen bleibt. Der Gerichtsstand ist kein ausschließlicher [2]), es steht dem betreibenden Gläubiger frei, Klagen, die sich auf das übernommene Vermögen beziehen, auch bei dem Gerichtsstand der Übernehmerin zu erheben, dies folgt einmal aus der ratio legis, welche eine Schlechterstellung der Gläubiger der Übertragerin verhindern will, zum andern aus der Universalsuccesion [3]).

Die Vereinigung der beiden Vermögensmassen darf erst in dem Zeitpunkt erfolgen, wo bei der Fusion mit Liquidation das Vermögen der Übertragerin an die Übernehmerin ausgeantwortet werden kann. Die Gläubiger der Übertragerin sind also dreimal in den Gesellschaftsblättern der Übertragerin (dies folgt aus der Fiktion des § 306 IV, v. Ziegler, S. 173, Anm. 14) von der Übernehmerin zur Geltendmachung ihrer Forderungen aufzufordern, seit der letzten öffentlichen Aufforderung muß das Sperrjahr verstrichen sein und die Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sein (§§ 306 V, 279, 301). Das Sperrjahr bildet die Grund-

[1]) Zustimmend v. Ziegler, S. 176.

[2]) Wie Makower, Anm. III c. 2, annimmt.

[3]) Zustimmend Staub, Anm. 18, § 306; Lehmann-Ring, Anm. 9, § 306; v. Ziegler, S. 178, welcher noch § 17 III CPO. heranzieht.

lage der Vermögensübertragung (§ 305) oder der Vermögensvereinigung (§ 306). Es hat nicht die Bedeutung einer Präklusionsfrist, sodaß die Gläubiger gezwungen sind, ihre Forderungen anzumelden bei Verlust ihrer Rechte, sie müssen befriedigt oder sichergestellt sein, sowohl bei der Fusion mit Liquidation wie ohne Liquidation, mögen sie sich gemeldet haben oder nicht. Voraussetzung der Befriedigung innerhalb des Sperrjahrs ist Fälligkeit, Unbestrittenheit, Kenntnis der Gesellschaft von der Forderung und von dem Gläubiger und dessen Anmeldung[1]); ist letzteres nicht gegeben, so muß der Betrag hinterlegt werden.

Die Frage nach der Einwirkung der Fusion auf bestehende Forderungen und Verträge läßt sich nicht einheitlich beantworten. Ob insbesondere nichtfällige Forderungen durch die Fusion fällig werden, besondere zu Gunsten der Übertragerin vereinbarte Zahlungsmodalitäten hinfällig, schwebende Verhältnisse zu akuten Lösungen geführt werden müssen, geht nicht aus dem Gesetze hervor, hierfür ist die Beschaffenheit der Verpflichtung maßgebend[2]). Grundsätzlich wird durch die Fusion eine Fälligkeit von Forderungen nicht bewirkt.

---

[1]) v. Ziegler, S. 174.

[2]) RG. 9, S. 14. Besonders bei der Fusionierung von Versicherungsgesellschaften ist die Frage nach dem Rücktrittsrecht der Versicherten praktisch geworden. Vgl. RG. 60, S. 56, und hierzu v. Ziegler, S. 141 f. Über das Kündigungsrecht der Angestellten auf die Fusionierung hin vgl. OLG. Stuttgart im Jahrb. der württemb. Rechtspflege 4, S. 228 ff.

Für alle nichtfälligen Forderungen bekannter oder unbekannter Gläubiger sowie für alle bestrittenen Forderungen ist Sicherheit zu leisten, bevor die Ausantwortung des Vermögens an die Übernehmerin oder die Vermögensvereinigung erfolgen darf (§ 301 III). Die Höhe der Sicherheit braucht nicht immer dem vollen Betrage der einzelnen Forderungen zu entsprechen. Vielmehr genügt eine solche Deckung, die nach dem sorgfältigen Ermessen eines ordentlichen Kaufmanns die spätere Befriedigung der Gläubiger sicherstellt. Der Gläubiger, der ein Recht auf Sicherstellung hat, muß bei seinen Ansprüchen an die Übernehmerin auf die Konkurrenz anderer gleichstehender Gläubiger billige Rücksicht nehmen und nur solche Anforderungen stellen, die den Fortbestand der Gesellschaft bei ordnungsmäßigem Betrieb, wozu auch die Fusion gehören kann, noch als möglich erscheinen lassen[1]). Wird den Vorschriften der §§ 297, 301, 306 V entgegengehandelt, so tritt gesamtschuldnerische persönliche Haftung der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats der Übernehmerin ein. Die Mitglieder des Aufsichtsrats haften jedoch nur, soweit eine Vereinigung der Vermögen mit ihrem Wissen und ohne ihre Einschreitung erfolgt (§ 306 VI). Die Haftung besteht auch den Gläubigern gegenüber. Ferner haftet die Übernehmerin selbst auf Grund § 31 BGB.

Aus den Worten des Gesetzes folgt nicht, daß die Vereinigung der Vermögensmassen auch in dem ge-

[1]) OLG. 17, S. 54; Staub, Anm. 4, § 301; im Einzelnen v. Ziegler, S. 174 ff.

setzlich zulässigen frühesten Zeitpunkt erfolgen muß oder als erfolgt gilt. Es liegt im Belieben der Übernehmerin, wielange sie über die durch die Einhaltung der Gläubigerschutzvorschriften gebotene Zeit hinaus die getrennte Verwaltung beibehalten will. Die Fiktion des § 306 IV und die Rechte der Gläubiger an dem übernommenen Vermögen haben über die notwendig gebotene Zeit hinaus keine Geltung mehr[1]).

Die Fiktion des § 306 IV besteht nicht bloß gegenüber den bisherigen Gläubigern der Übernehmerin, deren Forderungen vor der Universalsuccession entstanden sind, sondern gegenüber allen sonstigen Gläubigern; denn auch die Forderungen, welche erst nach jenem Zeitpunkt entstanden sind, würden für die Gläubiger der Übertragerin außer Betracht geblieben sein, wenn Fusion mit Liquidation stattgefunden hätte, und diesen Zustand will § 306 grade herstellen[2]).

§ 8.

Konkursrechtliches.

Nach der Fiktion des § 306 IV gilt zu Gunsten der Gläubiger der Übertragerin das übernommene Vermögen als ein der Übernehmerin fremdes Vermögen (s. ob. S. 97). Hieraus folgt, daß die Gläubiger der Übertragerin diesen Vermögenskomplex für sich aussondern können, denn die Aussonderung bedeutet die

[1]) Staub, Anm. 20, § 306; v. Ziegler, S. 178. Auch durch entgegenstehende Vereinbarung können sie nicht erhalten werden.

[2]) Zustimmend v. Ziegler, S. 151.

Entwindung von Gegenständen, die dem Gemeinschuldner nicht „gehören“ und einem Anderen „gebühren“ [1]). Wer ist Gemeinschuldner in dem Konkurse über das ausgesonderte Vermögen? Wir haben oben S. 98 gesehen, daß die Fiktion nicht soweit geht, die aufgelöste Übertragerin in ihrer alten Organisation wieder aufleben zu lassen, folglich kann Gemeinschuldner nur die Übernehmerin sein [2]). Nach § 293 Ziff. 3 wird durch die Eröffnung des Konkurses die Gesellschaft aufgelöst, es greift Konkursverfahren ein (§ 294 I). Ist nun nach der hier vertretenen Auffassung die Übernehmerin die Gemeinschuldnerin, so muß in Anwendung dieser Vorschriften der Sonderkonkurs immer den Gesamtkonkurs der Übernehmerin nach sich ziehen [3]). Der Gesamtkonkurs würde demnach auch dann eintreten müssen, wenn hierfür bei der Übernehmerin hinsichtlich ihres Vermögens die gesetzlichen Voraussetzungen, Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, fehlen. Dies ist aber durch § 207 KO. ausgeschlossen. Man wird daher annehmen müssen, daß das Gesetz in § 293 Ziff. 3 an unseren Fall nicht gedacht hat. Die Übernehmerin gerät also hinsichtlich ihres eigenen

---

[1]) Vgl. v. Ziegler, S. 149. Für Aussonderung Staub, Anm. 19, § 306; Lehmann-Ring, Anm. 10, § 306; Bett, S. 81; v. Ziegler a. a. O. Nur ein Absonderungsrecht gewährt Lehmann II, S. 534.

[2]) Zust. v. Ziegler, S. 150; Staub, Anm. 19, § 306; Lehmann-Ring, Anm. 10, § 306. A. A. infolge Verkennung dieser Beschränkung der Fiktion Jaeger, Anm. 2, § 207; Bett, S. 12.

[3]) So Wiener, S. 380.

Vermögens nicht in Konkurs, folglich wird sie auch nicht aufgelöst, eine Liquidation derselben ist daher ebenfalls ausgeschlossen [1]).

Wird umgekehrt die Übernehmerin hinsichtlich ihres Eigenvermögens in Konkurs erklärt, so kann man nicht sagen, daß trotz der Auflösung der Übernehmerin das übernommene Vermögen etwa als selbständiges Rechtssubjekt bestehen bleibt. Wie nicht einmal ein fingiertes Fortbestehen der Übertragerin anzunehmen ist, umsoweniger ein tatsächliches. Wirklicher Eigentümer des Sondervermögens ist außerhalb der Fiktion des § 306 IV die Übernehmerin. Da diese durch den Konkurs aufgelöst ist, so ist auch das Rechtssubjekt, dem das Sondervermögen gehört, aufgelöst deshalb findet hinsichtlich des übernommenen Vermögens Liquidation statt, sofern nicht etwa bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen [2]) der Konkurs darüber eröffnet werden muß. Aus dem liquidierenden Sondervermögen werden ausschließlich die Gläubiger der Übertragerin befriedigt, ein etwaiger Überschuß fließt in die Hauptkonkursmasse. Als Organe des liquidierenden Vermögens fungieren die Organe der Übernehmerin, Vorstand und Aufsichtsrat. Es ist dies ein Ausfluß der Pflicht, für die getrennte Verwaltung zu sorgen [3]).

---

[1]) Vgl. v. Ziegler, S. 169 f. Wer, wie Jaeger annimmt, daß Gemeinschuldnerin die aufgelöste Gesellschaft ist, gelangt ohne weiteres zu unserem Resultat.

[2]) Welche infolge der getrennten Verwaltung, Buchführung und Bilanzierung gesondert feststellbar sind. v. Ziegler, S. 151.

[3]) Bett, S. 82.

Wird sowohl über das Eigenvermögen der Übernehmerin, als auch über das Sondervermögen Konkurs eröffnet, so findet nach Jäger und Bett[1]) § 68 KO. Anwendung, so daß der Gläubiger der Übertragerin in jedem Konkurse seine ganze Forderung geltend machen kann. Da diese beiden Schriftsteller als Gemeinschuldnerin die aufgelöste Gesellschaft ansehen, neben welcher auch die Übernehmerin mit ihrem ganzen Vermögen infolge der Universalsuccession haftet, so besteht nach ihrer Ansicht ein Gesamtschuldverhältnis, infolgedessen § 68 KO. Platz greift. Auch nach v. Ziegler (S. 150) ergibt sich dasselbe Resultat, allerdings nicht aus § 68 KO., sondern aus der Universalsuccession und der Nichtanwendung von § 306 IV.

Vielleicht dürfte eine andere Auffassung richtiger sein. Nach § 234 KO. können die Nachlaßgläubiger, wenn neben dem Konkurse des unbeschränkbar haftenden Erben der Nachlaßkonkurs eröffnet ist, im Erbenkonkurse nur mit ihrer Ausfallsforderung hinsichtlich des Nachlaßkonkurses zur Berücksichtigung kommen. Diese Bestimmung ist aus dem Grunde getroffen, um eine unbillige Benachteiligung der Erbengläubiger zu verhindern, welche sich nur an das Eigenvermögen des Erben halten können. An sich könnten die Nachlaßgläubiger infolge der Universalsuccession auch in dem Erbenkonkurs ihre Forderungen zum vollen Betrage geltend machen. Genau so liegt die

[1]) Jaeger, Anm. 13, § 207 KO.; Bett, S. 81 a.

Sachlage in unserem Fall. Die Übernehmerin haftet den Gläubigern der Überträgerin infolge der Universalsuccession unbeschränkt, auch hier sind die Gläubiger der Übernehmerin von dem Sondervermögen ausgeschlossen [1]), für sie besteht infolgedessen ebenso wie für die Erbengläubiger die Gefahr einer unbilligen Benachteiligung. Aus diesem Grunde wird man in analoger Anwendung des § 234 KO. die Geltendmachung der Forderungen auch nur in Höhe des Ausfalls zulassen können, den die Gläubiger der Übertragerin im Konkurse der Übertragerin erlitten haben [2]).

[1]) Dies folgt aus der Fiktion des § 306 IV, welche zu Gunsten der Gläubiger der Übertragerin geschaffen ist und daher nicht auch zu Gunsten der Gläubiger der Übernehmerin bestehen kann. v. Ziegler, S. 151.

[2]) Im Resultat übereinstimmend Lehmann-Ring, Anm. 10, § 306; Makower, Anm. III c. 3, § 306; letzterer in entsprechender Anwendung von § 212 KO.